

جامعة غليزان

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص



محاضرات في مقياس القانون المدني

– مصادر الالتزام الإرادية –

نظرية العقد والإرادة المنفردة

مطبوعة بيداغوجية موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق – جذع مشترك–

ألقيت خلال السنوات الجامعية: من 2018 إلى 2023

من إعداد وتقديم:

د. عليان عدة

أستاذ محاضر قسم "أ"

أعضاء لجنــة التحكيم

اللقب والإسم	الرتبـــة	مؤسسةالإنتماء
أ.د بوسماحة الشيخ	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت
أ.د الموسوس عتو	أستاذ التعليم العالي	جامعة غليزان
أ.د خلفاوي خليفة	أستاذ التعليم العالي	جامعة غليزان

تمهيد: مدخل عام لنظرية الالتزام

يعتبر القانون المدني[1] الشريعة العامة لغيره من القوانين، وقد احتل هذه المكانة بالنظر إلى القواعد والأحكام العامة التي تضمنتها نصوصه، والتي من أهمها على الإطلاق نظرية الالتزامات، فقد اهتم المشرع الجزائري حين وضعه للقانون المدني بثلاث مسائل أساسية: بيان أشخاص الحق حيث نظم الشخصية القانونية للشخص الطبيعي من حيث بدايتها ونهايتها والعوارض التي يمكن أن تعتريها وكذا الأشخاص المعنوية، ثم اهتم بموضوع الحق وهي الأشياء من حيث تصنيفها والأحكام التي ترد عليها، ثم اهتم في مسألة ثالثة بنظرية الالتزامات كونها:" مجموعة الوسائل القانونية الفنية التي يتسنى بها للأفراد أن يكتسبوا حقوقا مالية بعضهم تجاه بعض"[2].

وقد كانت نظرية الالتزامات إلى وقت قريب تتميز بالاستقرار والثبات في التشريعات اللاتينية من حيث مبادئها العامة وتصوراتها الفلسفية، غير أننا نشهد اليوم مرحلة جديدة من مراحل تطور قانون الالتزامات تم فيها إعادة النظر في الكثير من المفاهيم التي ترسخت لقرون، ومن ذلك مايعرفه القانون المدني الفرنسي الذي يعرف بقانون نابليون الذي تم وضعه سنة 1804، من تغييرات جوهرية مست بداية نظرية العقد أو قانون العقود من خلال التعديل الذي تم سنة 2016 بموجب المرسوم رقم 2016/131 المؤرخ في 2016/02/10، في انتظار مراجعة أحكام المسؤولية المدنية.

ويمكن أن نبرز في هذه المقدمة باختصار أهم عوامل التغيير والتطور التي تعرفها نظرية الالتزامات[3] كما يلي:

- بداية زوال التقسيم التقليدي للقانون إلى قانون عام وقانون خاص، وهو التقسيم الموروث عن القانون الروماني والتشريعات اللاتينية التي تبعته، فقد تداخلت القوانين وأصبح كل منها يعتمد تقنيات القانون الآخر، واليوم نشهد فكرة المجموعات القانونية كقانون الأعمال، وقانون السوق ...الخ.

---

[1]- صدر أول تقنين مدني جزائري بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، جريدة رسمية عدد 78،الذي عرف عدة تعديلات أهمها، القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 /2005/06، جريدة رسمية عدد 44، والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 31.

[2]- عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، النظرية العامة لالتزام وفقا للقانون الكويتي، الجزء الأول، المجلد الاول، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 15.

[3]- لتفصيل أكثر في التطورات التي تشهدها نظرية الالتزامات ينظر: شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2018، ص 47-48.

- أفرزت لنا التحولات الاقتصادية خصوصا في الدول الانجلوسكسونية، معاملات وعقود حديثة بطابعها المركب والتي لم تعد القواعد التقليدية قادرة على استيعابها ومن ذلك ما تسمى بعقود الأعمال أو عقود (ing)، كعقد الليزينغ، والفاكتورينغ، والفرنشيز.

كما أدت الثورة التكنولوجية والصناعية إلى كثرة المخاطر والحوادث التي أصبحت تسببها المنتوجات وتلحق أضرارا جسيمة بصحة وسلامة المستهلكين، الأمر الذي أدى إلى ظهور قانون جديد وهو قانون حماية المستهلك، والذي أثر كثيرا على قانون العقود وأصبح يهدد المبادئ التي يقوم عليها كمبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو القوة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية آثار العقد، كما نشهد اليوم أيضا انتقالا من الرضائية والتوجه نحو الشكلية في الكثير من العقود.

- لقد كانت الثورة التكنولوجية في وسائل الاتصال، وراء ظهور نوع جديد من العقود وهي العقود الالكترونية، ولازال التطور يفرز يويا نوعا جديدا من هذه العقود كالعقود الذكية و عقود الحوسبة السحابية وغيرها.

- كما نسجل اليوم تزايد الاهتمام بالفقه الإسلامي والمبادئ التي يقوم عليها في مجال المعاملات المالية، والتي تشكل مصدر ثراء وتطوير لقانون الالتزامات، والتي اعتمدتها الكثير من التقنينات المعاصرة، كحسن النية في التعامل، والتقليل من الربا بعد الأزمات المالية العالمية والرجوع إلى نظريات الاقتصاد الإسلامي.

وبالنظر إلى ماسبق تبدو لنا الأهمية التي تحظى بها نظرية الالتزامات، والتي نوجزها فيما يلي:

أولا :أهمية نظرية الالتزام: إن لنظرية الالتزام أهمية عملية وأهمية علمية[1].

1- الأهمية العملية لنظرية الالتزام

- أنها تتضمن القواعد العامة التي تنظم العلاقات القانونية المتعددة والمتنوعة التي تموج بها الحياة الاجتماعية،

- فهي أساس القانون المدني بل القانون الخاص بفروعه المختلفة وعلى الخصوص القانون التجاري الذي يعتبر قانونا عمليا للالتزامات القانونية المالية المتشابكة[2].

---

[1]- لأكثر تفصيل ينظر: بلحاج العربي، مصار الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزءالأول-المصادر الارادية- دار هومة للطباعة والتشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016، ص 63.

[2]-بلحاج العربي،المرجع نفسه، ص 65.

- تستمد معظم فروع القانون العام كالقانون الإداري، والقانون الدولي العام الكثير من قواعدها من مبادئ نظرية الالتزام،

- هذا بالإضافة إلى الاتصال الوثيق بين نظرية الالتزام وبين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تتفاعل داخل المجتمع.

2- الأهمية العلمية لنظرية الالتزام

- تظهر في كونها لا تتضمن سوى مبادئ كلية ليس فيها مكان لخصوصيات أو تفصيلات، فهي كما يقول **الأستاذ عبد الحي حجازي:** "المجال الرئيسي للمنطق القانوني"[1]، حيث يواجه الالتزام في ذاته بصرف النظر عن الطبيعة الخاصة لموضوعه، وبذلك تتميز قواعد نظرية الالتزام بطابع نظري جعلها حقلا خصبا للمنطق القانوني. وهكذا فإن نظرية الالتزامات تعتبر **بمثابة العمود الفقري للقانون بجميع فروعه**، وأن دراستها تعتبر من أهم الدراسات القانونية، ونظرا لهذه الاهمية فقد خصها المشرع الجزائري بكتاب بأكمله هو الكتاب الثاني:" **الالتزامات والعقود**"،(من المادة 53 إلى المادة 673 من القانون المدني).

ثانيا: تعريف الالتزام

تعددت تعريفات الفقه للالتزام، فعرف على أنه :" **علاقة قانونية ذو قيمة مالية**"، أو:" **رابطة قانونية بين شخصين يلتزم بمقتضاها المدين تجاه الدائن بمنح شيء أو القيام بعمل او الامتناع عن عمل**"، وتسمى العلاقة القانونية ذات القيمة المالية بالإلتزام إذا نظرنا إليها من جانب المدين، وهو شقها السلبي، في حين يطلق عليها تسمية حق الدائنية إذا نظرنا إليها من جانب الدائن أي شقها الايجابي[2]. كما عرف أيضا بأنه:" **واجب قانوني خاص يحمل المدين على القيام بأداء ذي قيمة مالية – عمل او امتناع عن عمل- للدائن**"[3].

ولكن حتى وإن كان الالتزام علاقة قانونية ذو قيمة مالية، فهذا لا يعني أن كل الحقوق المالية تدخل في نطاقه، إذا يجب التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية، فالأولى سلطة مباشرة يخولها القانون للشخص على شيء معين، بينما الثانية رابطة قانونية بين شخصين أو أكثر يلتزم بمقتضاها

---

[1]- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 19.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013 ، ص 11.

[3]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 47-48.

أحدهم ويسمى المدين بالقيام بشيء لفائدة الطرف الثاني ويسمى الدائن. وهكذا فالحق العيني يخرج من نطاق الالتزام.

ثالثا: مواصفات الالتزام

يتميز الالتزام بالمواصفات التالية: فهو علاقة قانونية، ذات قيمة مالية، تربط بين شخصين.

1-الالتزام علاقة قانونية: فالالتزام يرتب أثار تتمثل في اكتساب الحقوق وتحمل واجبات نحو الغير تحظى باعتراف المجتمع وحمايته لها. عكس العلاقة الأخلاقية أو الأدبية أو الدينية.

2-الالتزام علاقة ذات قيمة مالية: فيجب أن يتعلق بواجب ذي طابع مالي، وهو الشيء الذي يلتزم به المدين وهو إما أن يكون بالإعطاء كما في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري بقصد استيفاء ثمنه، أو بالعمل ،كما هو التزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر، أو بالامتناع عن العمل كما في التزام التاجر ألا يزاحم منافسا له في التجارة.

3-الالتزام علاقة بين شخصين: يجب أن تكون هذه العلاقة بين شخصين موجودين ومعينين على الأقل وقت تنفيذ الالتزام أحدهما دائن والآخر مدين. وإذا كان الكل متفق على أن الالتزام علاقة بين شخصين فأكثر وأنها تتناول مصالح مالية، فهناك خلاف حول الأهمية التي يكتسيها كل عنصر، وفي هذا الصدد نميز بين تصورين ، لنحدد من خلالهما موقف المشرع الجزائري.

أ-المذهب الشخصي:- المدرسة الفرنسية-

يرى الفقيه **سافيني**" أن الالتزام ليس إلا رابطة شخصية تخضع المدين للدائن "أي" سلطة للدائن على المدين "فالدائن بناء على هذا التعريف يمنح سلطة على شخص المدين تشبه إلى حد كبير السلطة التي يخولها الحق العيني لصاحبه، وبالتالي يستطيع الدائن وفقا لهذه السلطة واقتضاء للحصول على حقه من المدين في حالة امتناعه عن التنفيذ أن ينفذ على جسم المدين، وهذا ما كان عليه الحال إبان القانون الروماني القديم،

أما **بلانيول**، فهو يعرف الالتزام:" بأنه علاقة قانونية بين شخصين، بمقتضاها يكون لأحدهما وهو الدائن الحق في تقاضي شيء معين من الآخر وهو المدين "، يظهر من تعريف الفقيهين أن معيار الالتزام يتمثل في العلاقة الشخصية الموجودة بين الطرفين، والتي تخول للدائن نوعا من السلطة على شخص المدين، قد تقيد من حريته وقد تستغرقها تماما، **فالمدين هو الشخص ذاته وليس ذمته المالية[1].**

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 14.

ويترتب على هذا التصور عدة نتائج منها:

-لا يمكن إنشاء إلتزام دون وجود طرف دائن وآخر مدين وقت إنشائه؛

-الإرادة المنفردة ليست مصدر للالتزام، لأن أحد الشخصين غير موجود وقت إنشاء الالتزام، وهو الدائن عادة؛

لا يسمح بالاشتراط لمصلحة الغير، كما لا تجوز حوالة الدين و لا حوالة الحق.

ب- المذهب المادي: – المدرسة الجرمانية-

حيث تعطي الأولوية في الالتزام للعنصر المالي، لأن العلاقة القانونية هي **علاقة بين ذمتين ماليتين قبل أن تكون علاقة بين شخصين**، فالالتزام يمثل حقا في ذمة الدائن ودينا في ذمة المدين فهو علاقة مالية مستقلة عن طرفيها.

ويرى **جيبرك** وهو من أشهر فقهاء الألمان أن فكرة الالتزام لا تتم بوجود الرابطة الشخصية بين الدائن والمدين بقدر ما تتم بمحل الالتزام، فالعنصر الأساسي في الالتزام هو محله بحيث أصبح الالتزام عنصرا ماليا أكثر مما هو رابطة شخصية[1] ، **ويترتب على هذا التصور بعض النتائج منها:**

-الاعتداد بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام؛

-جواز الاشتراط لمصلحة الغير وكذا حوالة الدين أو الحق.

جـ- موقف المشرع الجزائري من المذهبين

اعتنق القانون المدني الجزائري النظرية الشخصية كالقوانين اللاتينية والعربية وجعلها هي الأصل، وهذا يظهر من خلال نص المادة 54 مثلا: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". ومع ذلك المشرع الجزائري لم يهمل الجانب الموضوعي و النظرية المادية بل أعطاها نصيبا من أحكامه. فنص على حوالة الدين، وعلى الوعد بالجائزة الموجه للجمهور، وعلى الاشتراط لمصلحة منتفعين لم يوجدوا بعد، وأخذ بمعايير مادية مثل معيار الغبن في البيع والقسمة، وأخذ بالإرادة الظاهرة في كثير من المواضيع بقصد استقرار التعامل بين الناس، كما فعل في بقاء التعبير عن الإرادة بعد موت صاحبه أو فقد أهليته. واعتبر الإرادة المنفردة مصدر للالتزام كما ما نصت عليه المادة 123 مكرر قانون مدني:" يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير".

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 14.

رابعا :تقسيمات الالتزام: تعددت تقسيمات الالتزام :هناك تقسيم من حيث الأثر وهناك تقسيم من حيث المحل وهناك تقسيم من حيث المصدر.

1- تقسيم الالتزام من حيث الأثر: يشمل تقسيم الالتزام من حيث الأثر: الالتزام المدني والالتزام الطبيعي.

أ- الالتزام المدني: وهو الالتزام الذي يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، حيث يكون للدائن– إذا اقتضى الأمر -الحق في مطالبة المدين أمام المحاكم المختصة، وله كذلك أن يكرهه بشتى الطرق القانونية لتنفيذ التزامه[1].

ب- الالتزام الطبيعي: هو الالتزام الذي لا يستفيد من الحماية القانونية الكاملة، إذ لا يمكن إكراه المدين على تنفيذ التزامه[2]. ويعتبر الالتزام الطبيعي من الحقوق الناقصة، أي الحقوق التي يعترف بها، غير أنه لا يعطي لصاحبها وسائل إكراه المدين على تنفيذها بل هي أصلا غير قابل للتنفيذ الجبري[3].

فالالتزام الطبيعي إذن هو التزام قانوني حيث جعله المشرع محلا للوفاء، فلا يستطيع المدين أن يسترد ما أداه تنفيذا لالتزام طبيعي، كما أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يعد وفاء لا تبرعا أو هبة، غير أن تنفيذه يكون دائما باختيار المدين ولا يخضع إلا لضميره، وفي هذا الشأن هناك من يرى أن الالتزام يتكون من عنصرين: - عنصر المديونية الذي يتضمن الدين. -وعنصر المسؤولية الذي يسمح بإكراه المدين على تنفيذ التزامه. فإذا كان الاتزام المدني يتضمن عنصري المديونية والمسؤولية، فإن االتزام الطبيعي يفتقد لعنصر المسؤولية ويتضمن المديونية فقط.

2- تقسيم الالتزام من حيث المحل: الالتزام من حيث المحل يشمل تقسيمين وهما التقسيم التقليدي والتقسيم الحديث.

أ- التقسيم التقليدي: هذا التقسيم ينظر فيه إلى نوع الأداء ذاته:

أ- 1- الالتزام بإعطاء: وهو الأداء الإيجابي، كالالتزام بتسليم شيء محدد، أو الالتزام بنقل مكلية شيء معين بحسن نية وبالكيفية المطلوبة، وبمستلزماته وملحقاته التي تتبعها كالالتزام بنقل حق عيني أصلي، و،مثال ذلك التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام المستأجر

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 22.

[2]- المرجع نفسه، ص 14.

[3]- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، موفم للنشر، الجزائر، 1985، ص 15.

بدفع الأجرة والمؤجر بتسليم المنزل إليه ليسكنه[1].

أ- 2- الالتزام بعمل: ومضمونه أن يقوم المدين بعمل إيجابي معين لمصلحة الدائن،سواء من حيث الهدف، أو من حيث وجوب قيام المدين شخصيا بانجازه، كالتزام المحامي بالدفاع في القضية أو رفع استئناف، والتزام المقاول ببناء مترل،...إلخ .وقد يكون العمل هو القيام بإبرام تصرف قانوني، كالتزام الوكيل بأن يبرم العقد الذي تعهد بإبرامه نيابة عن موكله[2].

أ- 3- الالتزام بالامتناع عن عمل :ومضمونه أن يمتنع المدين عن عمل يملك القيام به قانونا، لولا وجود هذا الالتزام مثال ذلك :الالتزام بعدم المنافسة، والتزام الرياضي إلا في النادي الذي يلعب فيه حتى نهاية مدة التعاقد، والتزام المشتري لأرض ما بعدم البناء فيها.

ب- التقسيم الحديث: يقوم التصنيف الذي استحدثه الفقيه الفرنسي ديموج **Demogue** مع مطلع القرن الماضي على النتيجة التي يتعهد بها المدين، فقد يلتزم نحو الدائن بتحقيق غرض أو نتيجة معينة، وقد يقتصر تعهده على بذل عناية فقط بغض النظر عن تحقق النتيجة أو عدم تحققها[3]،

ب-1- الالتزام بتحقيق نتيجة : الالتزام بنتيجة أو الالتزام بتحقيق غاية هو التزام يتعهد المدين بمقتضاه بتحقيق نتيجة أو غاية محددة، وما لم تتحقق هذه النتيجة يكون المدين مسؤولا أمام الدائن لكونه لم يقم بتنفيذ التزامه، فالشخص في مثل هذا الالتزام مدين بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يفترض خطأه ومن ثم مسؤوليته لمجرد أن الغاية المنتظرة والتي هي محل التزامه لم تتحقق، كما نصت على ذلك المادة 176 ق م. ومن أمثلة الالتزام بتحقيق نتيجة :التزام البائع بنقل الملكية وتسليم المبيع، والتزام أمين النقل بتسليم البضاعة في المكان المتفق عليه.

ب-2- الالتزام ببذل عناية: لا يهدف الالتزام ببذل عناية أو الالتزام بوسيلة إلى تحقيق غاية معينة، وإنما يتعهد المدين ببذل جهد وعناية للوصول إلى الغرض، سواء أتحقق هذا الغرض أو لم يتحقق، فالطبيب مثلا يلتزم بمعالجة المريض دون أن يضمن الشفاء، ويتمثل محله في الجهد أو العناية التي

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 46.

[2]- المرجع نفسه، ص 47.

[3]-وقد توصل الفقيه ديموج إلى التمييز بين الالتزام بوسيلة والاتزام بنتيجة عند محاولته إزالة التناقض الظاهر بين المادتيين 1137 و 1147 من القانون المدني الفرنسي، ذلك أنه يفهم من المادة 1137 أن الدائن ليس عليه فقط أن يثبت ان المدين لم ينفذ التزامه ، بل أيضا ان يثبت أنهن لم يتصرف بعناية الرجل العادي ، في حين أنه يفهم من المادة 1147 مدني فرنسي أنه على الدائن أن يثبت فقط عدم التنفيذ ويقع على المدين لدفع مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي. للمزيد: شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 124.

يبذلها المدين في تنفيذ التزامه، وأما النتيجة التي ترمي إلى تحقيقها هذه الجهود فهي خارجة عن الالتزام في حد ذاته، وقد نصت المادة 172 ق.م على ذلك.

ويجب أن يكون هذا المقدار من الجهد أو العناية المبذولة بقصد تحقيق الغرض مماثلا للجهد الذي يبذله الرجل العادي. وقد أخذ المشرع بهذا التقدير المجرد في عدة حالات، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 495ق.م" :يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة، وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي"، ونصت المادة 576 ق.م :" يجب دائما على الوكيل أن يبذل في تنفيذه للوكالة عناية الرجل العادي."

وأما الفائدة من هذا التمييز فهي تتعلق بعبء الإثبات :ففي الالتزام ببذل عناية يجب على الدائن أن يثبت أن المدين لم يبذل في تنفيذ التزامه الجهد أو العناية المطلوبة، وأما مسؤولية المدين في الالتزام بنتيجة فإنها تقوم لمجرد عدم تحقق النتيجة، دون حاجة لإثبات الخطأ.

3- تقسيم الالتزام من حيث المصدر

يشمل تقسيم الالتزام من حيث المصدر تقسيم المشرع ويقوم على السبب المباشر للالتزام وهناك تقسيم الفقه الحديث الذي يشمل المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية.

أ- تقسيم المشرع

يقصد بالمصدر السبب المباشر لالتزام، ولقد جاء في القانون المدني الجزائري في عرض الأسباب لمشروع الأمر المتضمن القانون المدني أنه بخصوص مصادر الالتزام اعتمدت اللجنة مشروع القانون الفرنسي-الإيطالي .هذا المشروع الذي صدر سنة 1927 تفاديا للنقائص والانتقادات التي وجهت للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني الإيطالي، وقد تأثر هذا المشروع بالتقنيات العصرية خاصة تلك المستعملة في القانون الألماني والسويسري، وعند الاطلاع على التقنين الجزائري المدني يتضح لنا أن المشرع لم يأخذ بالمشروع الفرنسي-الإيطالي، بل بقي متأثرا بالقانون الفرنسي[1]، فأقر المصادر التالية : القانون، والعقد، والفعل المستحق للتعويض، وشبه العقود.

ب- تقسيم الفقه الحديث: فتقسيم الفقه الحديث يشمل المصادر الإرادية ، والمصادر غير الإرادية.

ب-1- المصادر الإرادية (التصرف القانوني)

هي تلك التي تكون فيها الإرادة السبب المنشئ لالتزام سواء كان ذلك بإرادة منفردة أو باتفاق إرادتين.

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 38.

ويطلق كذلك على هذه المصادر الإرادية تسمية الأعمال أو **التصرفات القانونية** والتي تنقسم بدورها إلى قسمين: أ -العمل أو التصرف القانوني من جانب واحد، أو الالتزام بإرادة منفردة،

ب – العقد.

ب-2 المصادر غير الإرادية (الواقعة القانونية)

تتمثل المصادر غير الإرادية في الأقوال أو الأفعال الإرادية وغير الإرادية المنشئة للالتزام، والتي يترتب عليها القانون آثارا، ففي حالة الفعل الإرادي تنسب الآثار للفعل لا للإرادة، لأن الفاعل لا يرغب في إنشاء الالتزام، أما بالنسبة للقول فإنه يكون دائما إراديا، غير أن إرادة الشخص لم تتصرف إلى تحمل الالتزام بل انصرفت إلى التعدي على شخص فقط، وقد تكون هذه المصادر غير الإرادية أفعالا أو أقوالا غير مشروعة، وقد تكون أفعالا نافعة كالفضالة، وقد تكون من فعل الطبيعة، ويطلق على هذه الأقوال والأفعال تسمية **الوقائع القانونية**، وتتميز عن الوقائع المادية التي لا يترتب عليها القانون آثار.

المصادر الإرادية للالتزام (التصرف القانوني)

المقصود بمصدر الالتزام سبب نشوئه، أي الواقعة التي يترتب على حدوثها نشوء الالتزام، وقد قسم فقهاء القانون منذ القدم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر وهي :العقد، وشبه العقد، والجريمة أو الجنحة، وشبه الجريمة، والقانون. وقد صنف فقهاء القانون هذه الأقسام الخمسة في طائفتين :مصادر إرادية للالتزام، وتضم العقد، والإرادة المنفردة، ومصادر غير إرادية، وتضم الفعل المستحق للتعويض، والإثراء بلا سبب، والقانون.

نظرية العقـــــد (من المادة 54 إلى المادة 123 قانون مدني)

يشكل العقد أحد أهم مصادر الالتزام إطلاقا، باعتباره الوسيلة المفضلة والأكثر استعمالا في تنظيم العلاقات التبادلية الاقتصادية في المجتمعات الليبرالية، كما يعد بالنسبة للمجتمعات الاشتراكية وسيلة لتنفيذ المخططات الاقتصادية. وسنتناول دراسة العقد من خلال أربع أبواب:

الباب الأول:الأحكام العامة للعقد

الباب الثاني: تكوين العقد

الباب الثالث: آثار العقد

الباب الرابع: انحلال العقد.

الباب الأول:

الأحكام العامة للعقد (من المادة 54 إلى 58 قانون مدني)

سنعرض من خلال هذا الباب، لتعريف العقد، ثم بيان أهم التطورات التي مرت بها نظرية العقد، ثم تقسيمات العقود.

الفصل الأول:

تعريف العقد

العقد لغة: كلمة تفيد الربط بين أطراف الشيء وجمعها، وأما بين الكلامين فيراد به العهد. وقد عرفه المشرع الجزائري من خلال المادة 54 من القانون المدني الجزائري بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، بإضافة بعض العبارات التي سقطت من النص السابق ليصبح النص العربي مطابقا للنص باللغة الفرنسية كما يلي: "**العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة**

أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما"، وواضح أن هذا التعريف المقتبس من نص المادة 1101 قانون مدني فرنسي يتضمن العقد والالتزام معا، ذلك أنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء الالتزام فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو عمل سلبي[1].

ملاحظة: إذا كان كل عقد اتفاق فليس بالضرورة أن يكون كل اتفاق عقد، فحتى يكون كذلك يجب:

- أن يكون خاضعا لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة،

- وأن يكون متعلقا بمصالح مالية. وتأسيسا على ذلك يخرج من دائرة العقود الاتفاقات التي يبرمها أشخاص القانون العام، مثل المعاهدات الدولية والعقود الإدارية وكذلك العقود الواردة في قسم الأحوال الشخصية كالزواج والتبني.

– وأن يهدف إلى إحداث آثار قانونية أي أن يحدث وضعا جديدا يرتب حقوق وواجبات لم يكسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، وما لم يهدف الاتفاق إلى إحداث هذه الآثار فلا يعد عقدا[2].

الفصل الثاني:

تطور نظرية العقد

إن نظرية العقد يحكمها مبدأ أساسي يسمى **بـ"مبدأ سلطان الإرادة**"، وقد إزدهر هذا المبدأ في ظل المذهب الفردي، ثم شهد الكثير من التقييدات في ظل المذهب الإجتماعي.

أولا: إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الفردي

شهد مبدأ سلطان الإرادة وبالنتيجة حرية الأفراد في التعاقد مع مطلع القرن السابع عشر رواجا وتجسيدا هائلا، وذلك على إثر **تفشي المذهب الفردي**، الذي لعبت فيه الثورة الفرنسية - التي اعتنقت مذهب روسو -، دورا رائدا في ترسيخه وتوطيد دعائمه، ودانت له السيطرة و السيادة في المجال السياسي والاقتصادي والقانوني إلى أن بلغ ذروته خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر[3]. فقد انحصرت سلطات الدولة في أضيق الحدود احتراما للحرية الفردية، واقتصرت على القيام بدور سلبي بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن حتى باتت تعرف **بالدولة الحارسة**. وعلى الصعيد الاقتصادي، فإن تقديس الحرية الفردية بات يعني إقرار الحرية الاقتصادية الكاملة، أي ترك المجال الاقتصادي مفتوحا أمام

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 87.

[2]- يراجع في مفهوم الاتفاق وخصائص الاتفاق المكون للعقد: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 87.

[3]-عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975، ص 24.

النشاط الفردي الحر. وأما في دائرة القانون، جرى التعبير عن الحرية التي تسود المذهب الفردي من خلال اعتناق مبدأ سلطان الإرادة الذي مفاده أن الإنسان **لا يلزم إلا بمحض إرادته** وفي **الحدود التي يريدها وبالكيفية التي يختارها.** فالإرادة الحرة هي مصدر الحقوق والواجبات وهي التي تنشأ الإلتزام وتحدد مضمونه وتكسبه قوته الإلزامية[1].

وقد استند مبدأ سلطان الإرادة في هذه الفترة على عدة اعتبارات: فمن ناحية، فإن أحدا لا يمكن أن يسعى بإرادته إلى أمر لا يتفق مع مصالحه والعقد باعتباره تعبير عن إرادة الأشخاص لابد أن يكون مطابقا ومحققا لمصالحهم. فما يقبله الشخص بإرادته لابد أن يكون عادلا. وفي هذا الصدد يقول الفيلسوف "فوييه": "**من قال عقدا فقد قال عدلا** ".

ومن ناحية ثانية، فإن **الحرية العقدية القائمة على سلطان الإرادة هي خير سبيل لتحقيق الانتعاش الإقتصادي.** ولذلك فإن أي نزعة تدخلية من جانب الدولة بفرض القيود على النشاط الإقتصادي بعيدا عن حرية المبادرة الفردية، إنما هو عمل سيئ ولابد أن ينتهي إلى عرقلة النمو الإقتصادي[2].

ثانيا: تقييد مبدأ سلطان الإرادة في ظل المذهب الإجتماعي

لقد كان **لتغلغل وانتشار المبادئ الإشتراكية والإجتماعية**، الأثر البالغ في تغير وظيفة الدولة من جانبين: أولهما أنها أصبحت تتدخل في الميدان الإقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وأصبحت توصف **بالدولة المتدخلة.** فالعقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، بل قد تتخلى الدولة عن فكرة العقد تماما[3].

وتمثل الجانب الثاني في تكفل الدولة واهتمامها **بحماية المتعاقد الضعيف** اقتصاديا و إجتماعيا، مما جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعة جماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين يهم المجتمع ككل، فالعقد يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية، وأداة لتحقيق النفع العام[4].

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 49.

[2]-حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الإلتزام، الطبعة الأولى، (بدون دار نشر)، 2000، ص 53،

[3]- لقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ " **عيممة العقد** publicisation du contrat "؛ راجع: علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 55.

[4]-لقد عبر الفقه عن هذه الظاهرة الجديدة بـ " **جميعة العقد** socialisation du contrat "؛ راجع: علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 56.

* فبعدما كان الشخص لا يلزم إلا بمحض إرادته، أصبح القانون **يفرض عليه بعض العقود** (العقود الإجبارية أو المفروضة)– كعقد التأمين-

* وبعدما كان المتعاقد حرا في إختيار كيفية إبرام العقد تطبيقا لمبدأ الرضائية، تدخل المشرع وفرض **الشكلية في بعض العقود** كعقد بيع العقار مثلا.

*وبعدما كان المتعاقد يفرض الشروط التي يريدها، أصبح القانون يتولى **تنظيم بعض العقود ويحدد مضمونها فيما تسمى بالعقود المنظمة** كعقد العمل الذي يحدد فيه سن العمل، ومدة ساعات العمل، وأيام الراحة والعطل السنوية، والأجر الأدنى...إلخ. وعقد الاستهلاك الذي فرض فيه المشرع مجموعة من الالتزامات لحماية المستهلك (الالتزام بالضمان، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالمطابقة، الالتزام بالإعلام). وعليه يمكن القول أن هذه التقييدات قد ساهمت في **الإنتقال من سلطان الإرادة إلى سلطان القانون.**

ونشهد اليوم توجه جديد في وظيفة الدولة حيث أصبحت تسمى **بالدولة الضابطة**، هدفها ضبط التوازن بين مختلف الفاعلين في السوق.

الفصل الثالث:

تقسيمات العقود

هناك تقسيم من وضع المشرع وتقسيم من وضع الفقه.

المبحث الأول :تقسيم المشرع

اعتمد المشرع في تصنيف العقود على التقنين المدني الفرنسي الذي ميز بين العقد الملزم للجانبين، والعقد الملزم لجانب واحد، والعقد المحدد والعقد الاحتمالي، وعقد المعاوضة وعقد التبرع.

المطلب الأول :العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد

أولا :التعريف

1-**العقد الملزم للجانبين:**

عرف المشرع العقد الملزم للجانبين في **المادة 55 ق م**:" **يكون العقد ملزما للطرفين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"** ، فالعقد الملزم للجانبين أو العقد التبادلي هو ذلك العقد الذي يترتب على عاتق المتعاقد بين التزامات متقابلة ومرتبطة بعضها ببعض، بحيث يكون كل متعاقد– وفي نفس الوقت -دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر، فالبائع يكون مدينا بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهو في

نفس الوقت دائنا له) بسبب ما التزم به (بثمن هذا المبيع ، وفي المقابل يكون المشتري مدينا للبائع بثمن المبيع، ودائنا له بنقل ملكية المبيع.

ملاحظة: إن تقابل الالتزام لا يعني دائما ان العقد ملزم للجانبين، بل يجب أن تنشأ هذه الالتزامات المتقابلة في وقت واحد– أي وقت إبرام العقد -كعقد الوديعة الذي يلزم المودع لديه بحفظ الشيء لمدة معينة ثم يرده، ويلتزم المودع مقابل ذلك بتسليم الشيء ودفع الأجرة. وأن تكون الالتزامات من مصدر واحد، أي نفس العقد، في المثال السابق :إن التزام المودع برد النفقات مصدره القانون وليس عقد الوديعة، ومن ثم لا يعتبر عقد الوديعة المجانية عقد تبادليا، رغم تقابل الالتزامات أي التزام المودع لديه بحفظ العين المودعة والتزام المودع برد المصاريف[1].

2-العقد الملزم لجانب واحد:

عرفه المشرع في **المادة 56 ق م**:" **يكون العقد ملزما لشخص واحد أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين**". فالعقد الملزم لجانب واحد هو الذي يترتب التزامات على أحد المتعاقدين دون الآخر، بحيث يكون أحدهما دائنا والآخر مدينا.

ثانيا :التمييز بينهما

-سبب التزام أحد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر في العقود الملزمة للجانبين، و في العقد الملزم لجانب واحد السب هو التزام سابق أو نية التبرع.

-إذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ التزامه جاز للمتعاقد معه في العقود التبادلية دون العقود الملزمة لجانب واحد أن يطالب بفسخ العقد.

-عند امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه يحق للمتعاقد الثاني أن يمتنع بدوره عن تنفيذ ماالتزم به إذا كان العقد ملزما للجانبين، وهذا ما يسمى " بالدفع بعد التنفيذ "وهذا غير ممكن في العقود الملزمة لجانب واحد.

-إذا استحال تنفيذ العقد الملزم للجانبين، يتحمل المدين هذه التبعة، في حين يتحملها الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد.

المطلب الثاني :العقد المحدد والعقد الاحتمالي

أولا :التعريف:

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 68.

1-العقد المحدد: عرفه المشرع في نص **المادة 57 فقرة 01 ق م**:"**يكون العقد تبادليا متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يفعل له**". فهو العقد الذي تكون فيه التزامات وحقوق المتعاقدين معينة ومحددة وقت إبرامه، فيتمكن كل متعاقد عند ابرامه معرفة قدر ما يحص عليه من منفعة وما يلتزم به[1]، ومثاله عقد البيع الذي لا ينعقد ما لم يكن المبيع والثمن محددين.

2-العقد الاحتمالي: عرفه المشرع في نص **المادة 57 فقرة 02 ق م**:" **إذا كان الشيء المعادل محتويا على حظ ربح أو خسارة لكل واحد من الطرفين على حسب حادث غير محقق فإن العقد يعتبر عقد غرر".** فعلى عكس ما يحدث في العقد المحدد، لا يعرف المتعاقد في العقد الاحتمالي أو عقد الغرر– وقت انعقاد العقد- المقدار الذي يعطيه مقابل المقدار الذي يأخذه أو العكس، لأن هذا المقدار المقابل متوقف على حادث مستقبلي غير محقق الوقوع، أو تاريخ وقوعه غير محقق، إن الاحتمال أو الغرر المتمثل في حظ الربح أو الخسارة هو عنصر من عناصر العقد الاحتمالي بحيث يعني حتما ودائما كل المتعاقدين. وقد نظمها المشرع تحت عنوان" عقود الغرر "،وذكر منها: القمار والرهان، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين ضمن الباب العاشر.

ثانيا :أهمية التمييز بينهما

على عكس العقد المحدد يقوم العقد الاحتمالي على غرر، أي احتمال الكسب أو الخسارة ومن ثم يستبعد تطبيق أحكام الغبن على العقود الاحتمالية.

المطلب الثالث :عقد المعاوضة وعقد التبرع

أولا :التعريف

1-عقد المعاوضة:

عرف المشرع عقد المعاوضة في **نص المادة 58 ق م**:" **العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما".** يتسم هذا التعريف بالغموض إذ يخلط بين العقد التبادلي الذي يترتب التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، وعقد المعاوضة الذي ينظر إليه من زاوية أخرى، وهي وجود عوض يتحصل عليه المتعاقد مقابل الالتزام الذي يتحمله، وبمعنى آخر فإن عقد المعاوضة هو ذلك العقد الذي يتحصل فيه المتعاقد على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ التزامه، بحيث لا يفتقر عند تنفيذ ما التزم به، فالبائع مثلا لا يفتقر لأنه يتحصل على الثمن الذي يعوض قيمة المبيع.

---

[1]-لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، طبعة 2018، ص 21.

2- عقد التبرع:

تقابل عقود المعاوضة عقود التبرع التي لم يشر إليها المشرع الجزائري، ويعتبر العقد من عقود التبرع إذا التزم المتعاقد بمنح شيء أو القيام بفعل دون الحصول على مقابل ذي قيمة مالية، حيث يلتزم المدين نحو الدائن بقصد التبرع، كما هو الحال في العارية المجانية.

وتنقسم عقود التبرع إلى عقود تفضيل وعقود هبات، ففي عقد التفضيل يؤدي المتبرع فائدة دون أن يتخلى عن ملكية ماله، كالعارية حين يستفيد المستعير من استعمال الشيء دون أن يخلى المعير عن حقه في ملكية الشيء، أما في الهبات فإن المتبرع يتخلى عن ملكية ماله لفائدة المتبرع له، وقد عرف المشرع الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة:" الهبة تمليك بلا عوض"، فيقتضي عقد الهبة إذن تنازل المتبرع عن حقه الملكية لفائدة المتبرع له مجانا.

وتجدر الاشارة إلى أن اغلب المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين، واغلب التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد[1].

ثانيا :أهمية التمييز بينهما

-إن الغلط في الشخص يؤثر على صحة عقد التبرع لأن شخصية المتبرع له تكون– عادة -محل اعتبار على عكس عقود المعاوضة.

-تسمح المادة 192 قانون مدني بالطعن في عقود التبرع عن طريق الدعوى البولصية حتى في الحالات التي يكون فيها المتبرع له ذي نية حسنة، في حين لا يمكن الطعن في عقود المعاوضة إلا إذا صدر عن المدين غش، وكان الطرف الآخر قد علم بذلك.

-تكون مسؤولية المتبرع عادة أخف من مسؤولية المعاوض ونذكر على سبيل المثال المادة 592 من القانون المدني المتعلقة بمسؤولية المستأجر.

- يختلف جزاء الاستتغلال باختلاف طبيعة العقد، ففي عقود المعاوضات يكون الجزاء هو رفع الغبن إلى الحد المعقول، واما في عقود التبرعات فالجزاء هو نقض العقد[2].

المبحث الثاني :تقسيم الفقه للعقود

المطلب الأول :من حيث تكوين العقود: تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى ثلاثة أنواع العقد الرضائي

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 120.

[2]-المرجع نفسه، ص 123.

و العقد الشكلي، والعقد العيني

أولا :العقد الرضائي: هو العقد الذي ينعقد بمجرد حصول اتفاق بأية كيفية كانت ودون إتباع شكل أو صيغة معينة، فالعقد الرضائي ينشأ بمجرد تلاقي إرادتين سواء أكان التعبير عنهما شفاهيا، أو حركيا، أو كتابيا فالعبرة بالاتفاق ذاته لا بالطريقة التي تم بها[1].

وتعد الرضائية هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري، مالم يوجد نص خاص، وهو مانصت عليه المادة 59 قانون مدني من أنه يتم التعاقد بمجرد اتفاق المتعاقدين، أي بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية.

ثانيا :العقد الشكلي: هو العقد الذي يشترط انعقاده إضافة إلى ركن التراضي احترام شكلية معينة وتعد هذه الشكلية ركنا من أركان العقد بحيث يمنع إغفالها قيام العقد وهذا ما قرره المشرع مثلا: في نص المادة 418 ق م " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كانت باطلا"... والمادة " 883 لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي"، وكذا العقود المتضمنة نق ملكية عقار او حق عيني عقاري طبقا للمواد 324 و 324 مكرر 01 قانون مدني.

ثالثا :العقد العيني: هو العقد الذي يشترط لانعقاده – زيادة على التراضي -تسليم الشيء محل العقد وما لم يتم هذا التسليم لا ينعقد العقد، ويعتبر تسليم الشيء ركنا من أركان العقد، وقد تفرض من قبل القانون، أو قد يشترطها المتعاقدان كأن يتفقا مسبقا على أن تسليم الشيء واجب لانعقاد العقد.

إن مثل هذه العقود ضئيلة جدا، ويمكن على سبيل المثال ذكر عقد العارية في القانون الفرنسي الذي لا ينعقد إلا بتسليم المعير للمستعير الشيء المعار،

وقد استقر اجتهاد المحكمة العليا في الجزائر، إلى أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول، وهي لاتلزم إلا بالحيازة التي هي شرط لتمام العقد، مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات والاجراءات الخاصة في المنقولات، واذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة وفقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري[2].

المطلب الثاني : من حيث تنفيذ العقود:

يميز القانون بين العقود الفورية والعقود الزمنية،

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 76.

[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 113.

أولا :التعريف

1-العقد الفوري: هو العقد الذي ينفذ فيه الأداء فور التعاقد دون أن يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه[1]، فلا يؤثر الزمن على مقدار الالتزامات التي يرتبها العقد على عاتق المتعاقدين، ويتم– عادة -تنفيذ هذه العقود دفعة واحدة وعلى الفور مما يبرر تسميتها هذه: كبيع جريدة مثلا حيث يتسلم المشتري الجريدة فورا ويدفع في نفس الوقت ثمنها.

ويعتبر عقد البيع مثلا فوريا حتى ولو كان سداد الثمن مقسطا على أقساط شهرية، وليس دفعة واحدة، فتأخير التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة بإرادة المتعاقدين المحضة لا ينال حتما من طبيعة العقد، لأنه لا يغير من التزامات الطرفين، ولا يعتبر عامل الزمن هنا عنصرا جوهريا للعقد وإنما هو عنصر عرضي[2].

2-العقد الزمني: أو العقد المستمر هو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهريا، حيث تقاس به التزامات المتعاقد أو محل العقد، فتكون التزامات المتعاقدين مقترنة دائما بالزمن[3]،

فقد يقاس المعقود عليه بالزمن اتفاقا، كما هو الشأن في عقد العمل وعقد التوريد، وهو الحال كذلك في عقد الإيجار الذي يرتبط أساسا المدة الزمنية التي تحدد بداية ونهاية الإيجار[4].

ثانيا :أهمية التمييز بينهما

-العقود الزمنية عموما يمكن مراجعتها بسبب الظروف الطارئة على عكس العقود الفورية التي يتم تنفيذها فورا فلا مجال لبحث الظروف الطارئة فيها إلا اذا كان تنفيذها مؤجلا.

-الفسخ في العقود الفورية يكون له أثر رجعي (المادة 119 قانون مدني)، بينما يرتب الفسخ أثره بالنسبة للعقود الزمنية بأثر فوري أي من يوم فسخه.

-لا يؤثر وقف تنفيذ العقد الفوري مدة من الزمن في التزامات المتعاقدين من حيث مقدارها، على عكس العقود الزمنية، فإذا توقفت جريدة عن الصدور لمدة فصل فإن التزا مات وحقها نحو المشتركين تتقلص بقدر الأعداد التي كانت ستصدر خلال الفصل؛

---

[1]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 28.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 79.

[3]-المرجع نفسه، ص 80.

[4]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 131.

-إذا كانت المدة غير محددة في العقود الزمنية فيمكن **إنهاؤها بإرادة منفردة،** وهو مايسمى بنقض العقد، أما العقود الفورية فلا يجوز انهاؤها الا باتفاق المتعاقدين.

المطلب الثالث :من حيث مساواة المتعاقدين:

بعد تردد طويل انتهى الفقه إلى التمييز بين عقد المساومة وعقد الإذعان:

أولا :التعريف

1-عقد المساومة: هو العقد الذي تحدد شروطه بعد مناقشة حرة بين المتعاقدين، وهو يترجم النموذج التقليدي للعقد، حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده، إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق، وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني.

2- عقد الإذعان: هو العقد الذي توضع فيه شروط التعاقد من طرف أحد الأطراف ويقتصر دور الطرف الآخر على قبول تلك الشروط دون امكانية مناقشتها،فإما ان يرفض العقد أو يقبله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وقد وضع الاستاذ السنهوري ثلاث خصائص لعقود الاذعان وهي: -ان يتعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين او المنتفعين، - واحتكار الموجب لهذه السلع او المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها تجعل المناقشة فيها محدودة النطاق، - وأن يصدر الايجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة[1].

ثانيا :أهمية التمييز بينهما

-طبقا لنص **المادة 70 قانون مدني،** فإنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقود المساومة مطابقا تماما للإيجاب وناتجا عن حرية تامة. ولذلك فإن قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شرط في عقود المساومة يعد إيجابا جديدا في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضا في عقد الإذعان.

-يمكن للقاضي في عقد الإذعان– دون عقود المساومة -**تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء المذعن من تنفيذه**. طبقا لنص **المادة 110 قانون مدني.**

-يؤول الشك لصالح المدين، في حين يجب أن يكون تأويل العبارة غير ضار بمصلحة المذعن دائنا

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1958، ص 330.

كان أو مدينا، طبقا لنص **المادة 112 قانون مدني.**

المطلب الرابع : من حيث الأحكام التي تدير العقود

يميز الفقه من هذه الزاوية بين العقد المسمى والعقد غير المسمى:

أولا :التعريف

1-العقد المسمى:هو العقد الذي تولى المشرع تسميته وتعريفه وتنظيم أحكامه في القانون المدني كونه الشريعة العامة أو في قوانين أخرى، مثال العقود المتعلقة بالملكية (البيع، المقايضة، عقد شركة...)،أو العقود المتعلقة بالانتفاع (الإيجار و العارية) أو عقود الغرر أو الكفالة.

2-العقد غير المسمى: العقد غير المسمى هو العملية العقدية التي لم يتول المشرع تنظيمها ولا تسميتها ولا تعريفها بعد فهي عقود يصيغها المتعاقدان، خاصة وأن إرادتيهما مستقلتان وحرتان لا يقيدهما إلا النظام العام وحسن الآداب، ومن ثم فإن هذه العقود لاحصر لها في الحياة العملية، وكلما ازدادت أهميتها وذاع استخدامها تدخل المشرع لتنظيمها وتسميتها.

ثانيا :أهمية التمييز بينهما

-يلتزم طرفا العقد بالقواعد الآمرة المنظمة للعقد في العقود المسماة، بينما يلتزم المتعاقدان في غير العقود المسماة بالقواعد العامة التي تدير كل العقود فقط.

-يعتد القاضي في العقود المسماة بالقواعد المكملة عند إغفال المتعاقدين مسألة في العقد، في حين يبحث عن نية المتعاقدين في العقود غير المسماة.

المطلب الخامس: من حيث الاعتبار الشخصي للمتعاقد

يميز الفقه من هذه الزاوية بين العقد الذي يكون في المتعاقد محل اعتبار، والعقد غير المؤسس على صفة المتعاقد[1].

أولا :التعريف

1-العقد الذي تكون فيه شخصية المتعاقد محل اعتبار: هو العقد الذي يبرم على أساس شخصية المتعاقد، كصفته أو مؤهلاته الفنية أو العلمية أو المهنية، كالتعاقد مع مهندس معماري، أو طبيب جراح، أو محامي....الخ.

---

[1]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 27 - 28.

2- **العقد الذي لايقوم على الاعتبار الشخصي:** هو العقد الذي لايكون فيه لشخصية المتعاقد أي تأثير في إتمام العملية التعاقدية، ففي عقد البيع مثلا لاتدخل شخصية البائع ولاشخصية المشتري في الحسبان، بل يهتم المتعاقدين بالسلعة والثمن.

ثانيا: أهمية التمييز:

-العقد الذي يقوم على الاعتبار الشخصي يمكن إبطاله استنادا إلى الغلط الجوهري في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته طبقا للفقرة 03 من المادة 82 قانون مدني.

-إذا مات المتعاقد أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير عن الإرادة أثره، وكانت شخصيته محل اعتبار، فإنه واستثناءا من نص المادة 62 قانون مدني فإن التعبير لا يرتب أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه.

- لاتتصرف آثار العقد إلى الخلف العام إذا كانت شخصية المتعاقد معه محل اعتبار طبقا لماجاء في المادة 108 قانون مدني.

الباب الثاني:

تكوين العقد (من المادة 59 إلى المادة 105 قانون مدني)

حتى يتكون العقد وينعقد إنعقادا صحيحا، لابد له من تحقق ثلاث أركان وهي: التراضي، والمحل والسب، ويضاف إليها ركن رابع في بعض العقود وهو الشكلية. وبخصوص المشرع الجزائري فإنه استعمل مصطلح شروط العقد، وهو بهذا قد أخلط بين الركن والشرط، فالركن يتعلق بوجود العقد ويترتب عن تخلفه البطلان المطلق، والشرط يتعلق بصحة الرضا، ويترتب عن تخلفه قابلية العقد للإبطال.

الفصل الأول :

التراضي

تنص **المادة 59 من** القانون المدني الجزائري على أنه**:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".** من هذا النص يتضح أن العقد لا ينعقد إلا بتوافر طرفيه، بحيث يتبادل كل طرف فيه قبول مع الطرف الأخر...ولابد أن تكون إرادتيهما متطابقة تماما، وكما هو معروف أن الإرادة التي تنتج آثارها القانونية هي الإرادة الواعية الصحيحة التي لا يشوبها أي مانع أو عيب يعدمها أو ينقصها. وعليه بعد تناول مسألة وجود التراضي التي تعد ركنا، يجب أن يكون التراضي صحيحا .

المبحث الأول: وجود التراضي

تعد الإرادة عنصرا جوهريا في التراضي الذي يتم عن طريق تبادل الطرفين التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، وهو مانصت عليه المادة 59 قانون مدني.

المطلب الأول :الإرادة أساس التراضي

إن التراضي في الاصطلاح هو مفهوم وضعي يعبر عن ترابط إرادة بإرادة اخرى، وتلاقيهما من أجل إحداث أثر قانوني معين[1]، ولكون الإرادة أمر كامن داخل النفس فإن القانون لا يعتد إلا بالإرادة الجدية، التي يمكن أن تتعدد صورها، والتي يجب إبرازها للخارج عن طريق التعبير عنها.

الفرع الأول: الإرادة الجدية

يقصد بالإرادة الجدية، تلك الإرادة الصادرة عن شخصية قانونية تتمتع بالأهلية من جهة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية من جهة أخرى.

أولا :إرادة شخصية قانونية مؤهلة

أ- اكتساب الشخصية القانونية:

الأشخاص القانونية نوعان: الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري أو المعنوي، والشخص الطبيعي هو الإنسان، والذي يتمتع بالشخصية القانونية من يوم ولادته إلى يوم وفاته طبقا لنص المادة 25 قانون مدني:" تبدأ شخصية الانسان منذ تمام ولادته حيا، وتنتهي بوفاته"، أما الشخص الاعتباري فليس له وجود حقيقي، فوجوده مفترض فقط .وقد نصت المادة 49 قانون مدني:"الأشخاص الاعتبارية هي: الدولة والولاية والبلدية؛ المؤسسات والدواوين العامة، ضمن الشروط التي يحددها القانون؛ المؤسسات الاشتراكية، والتعاونيات، والجمعيات، وكل مجموعة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية."

ب-أهلية التعاقد:

تضمنت المواد 42 إلى 44 ق م القواعد العامة التي تحكم الأهلية، وتضمن المادة 78 المبدأ الذي يقضي بأن:" **كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون**". ويكون الشخص عديم الأهلية إذا انعدمت لديه الإرادة المدركة كالصبي غير المميز والمجنون، و المعتوه، ومثل هؤلاء لا يمكن أن تنسب إليهم إرادة يعتد بها القانون.

---

[1]- محمود المظفر، نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية، دار حافظ للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 2007، ص 71.

ثانيا :انصراف الإرادة إلى إحداث آثار قانونية

يجب أن تتصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، فالإرادة الجدية هي التي يسعى من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر، أو اكتساب حقوق على الغير، أو التنازل عن حقوق مكتسبة، فيلتزم صاحبها بواجبات تنفذ جبرا إذا اقتضى الأمر[1].

وعلى العكس لاتكون الارادة جدية إذا لم تتصرف الى تحمل الالتزامات ومن ذلك:

-إرادة الهازل، أو المجامل، والإرادة الصورية التي يخفي من خلالها المتعاقد راداته الحقيقية، وكذا الارادة المعلقة على محض مشيئة صاحبها أو على مجرد رغبته، كأن يقول: أبيعك سيارتي إذا شئت. فكل هذه الإرادات لايعتد به لأنها غير جدية في ابرام العقد.

الفرع الثاني :الصور المختلفة للإرادة:

إن الإرادة كما سبق مسألة نفسية، يتم الكشف عنها بطرق التعبير المختلفة لفظا أو كتابة..الخ، وقد يحدث أحيانا أن لايعبر اللفظ أو الكتابة أو الاشارة عن المعنى الحقيقي الذي كانت تتجه إليه الإرادة، فيثار حينها التساؤل حول أي الاراديتين يعتد ويأخذ بها، الإرادة النفسية الباطنة أم الإرادة الظاهرة كما تم التعبير عنها ؟ وفي سبيل ذلك ظهرت نظريتين نعرضهما ثم نبين موقف المشرع الجزائري فيما يلي[2]:

أولا: آراء الفقهاء

1- -أنصار الإرادة الباطنة: يستند أصحاب هذا الرأي على عدة أدلة نذكر منها:

-يتضح من مضمون **المادة 59 ق م** أن المشرع يشترط تطابق الإرادتين ولو كانت العبرة بالتعبير عن الإرادتين لقال المشرع:"العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتيهما."

-تقر المادة **81 ق م** الغلط كعيب من عيوب الرضا وهذا يعني لاعتداد بالإرادة الباطنة، حيث أن الغلط هو وهم يقوم في ذهن الشخص.

-تشترط المادة **97 ق م** مشروعية السبب، والتطرق إلى هذه المسألة– أي المشروعية -يقتضي فحص الباعث أو الدافع للتعاقد، وهذا يعني كذلك أن العبرة بالإرادة الباطنة.

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 71.

[2]-لشرح اكثر لهذا الآراء: راجع: علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 105 وما بعدها.

-بمقتضى **المادة 98 الفقرة الثانية** فإن:" السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب "...وتفيد أحكام هذه المادة أن العبرة بالإرادة الباطنة وإلا تثبت صورية السبب.

-تلزم الفقرة الثانية من **المادة 111 ق م** القاضي عند تأويله للعبارات الغامضة في العقد بالبحث عن "النية المشتركة" فالعبرة إذن هي بالإرادة الباطنة.

2-أنصار الإرادة الظاهرة: يستدل أصحاب هذا الرأي بالحجج التالية:

-أشار المشرع في المواد **59 و 60 و 61 ق م** إلى التعبير عن الإرادة الذي يقصد به صراحة الإرادة الظاهرة.

-ترتب أحكام **المادة 62 ق م** آثار على التعبير عن الإرادة الصادر من شخص فقد أهليته أو توفي بعد ذلك، ولو كانت العبرة بالإرادة الباطنة لسقط التعبير عن الإرادة بمجرد وفاة صاحبه أو فقدانه لأهليته.

-يشترط في إبطال العقد بسبب التدليس أو الإكراه الصادر من غير المتعاقدين، أن يكون المتعاقد عالما بذلك علما حقيقيا أو حكميا، وهذا يعني أن أساس العقد هو الإرادة الظاهرة.

-يلتزم القاضي طبقا **للمادة 111 ق م** بعبارة العقد الواضحة والتي تمنعه من البحث عن إرادة المتعاقدين، وهذا أن العبرة بالإرادة الظاهرة.

-تسمح المادة **198 ق م** لدائني المتعاقدين والخلف الخاص– إذا كانوا حسني النية -أن يتمسكوا بالعقد الصوري، أي الإرادة الظاهرة.

-أما بخصوص **المادة 98 الفقرة الثانية** ق م المتعلقة بالسبب، فالمبدأ فيها هو الاعتداد بالإرادة الظاهرة، والاستثناء هو الرجوع إلى الإرادة الباطنة..

-ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النظريتين (الإرادة التي يمكن التعرف عليها)

يتضح من الحجج السالفة الذكر، والتي تقدم بها الفقهاء دعما لآرائهم، أن أحكام القانون المدني تتأرجح بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة، والراجح أن الإرادة التي يعتد بها المشرع هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش والتي تتفق مع العرف، وظروف المعاملات، والثقة التي يرجوها كل متعاقد. فالعبرة إذن ليست بنظرة وإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، وإنما بنظرتهما المشتركة التي يتم الاتفاق عليها. فلا تكون العبرة بالإرادة الباطنة كما يريدها صاحبها، ولكن بالإرادة الباطنة كما يفهمها الغير، وهذا يتطلب ثقة متبادلة بين المتعاقدين والنية الحسنة منها. وبالتالي فإن المشرع لم يأخذ لا

بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يأخذ بما يسمى **بالإرادة التي يمكن التعرف عليها عند التعبير عنها**[1].

وبخصوص موقف الفقه الاسلامي من النظريتين، فيرى بعض الباحثيين بأنه ينزع إلى تغليب الإرادة الظاهرة، أي ترجيح العبارة على الإرادة، فالأصل أن العبارة كاشفة عن الإرادة الحقيقية، مالم يقم الدليل القاطع على مايخالف ذلك، فإذا قام الدليل تعين الأخذ بالإرادة وإهدار العبارة التي تخالفها، فالأصل في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني، كما أن الأصل في الكلام الحقيقة، فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي، فإذا لم تكن دلالة اللفظ واضحة بأن كانت عبارة العقد غامضة، فتكون العبرة عندئذ بالنية المشتركة للمتعاقدين أي ماقصده المتعاقدين حقيقة[2]. واعتقادنا أن موقف المشرع الجزائري يقترب كثيرا من هذا الاتجاه الفقهي.

الفرع الثالث :التعبير عن الإرادة

سنبين بداية طرق التعبير عن الإرادة، ثم آثار التعبير عن الإرادة.

أولا: طرق التعبير عن الإرادة: لقد جسدت **المادة 60 ق م مبدأ الرضائية**، وأعطت للشخص الحرية التامة في الكيفية التي يعبر بها عن إرادته، فقد تكون باللفظ، أو الكتابة، أو الإشارة المتداولة عرفا، أو باتخاذ موقف.

- **اللفظ:** كل كلام يتفوه به الشخص مباشرة أو بواسطة الهاتف، وبأي لغة كانت بشرط أن يفهمها المتعاقدان.

-**الكتابة:** عرفية أو رسمية، بخط اليد أو بالآلة الراقنة، في شكل رسالة أو تيلكس أو تيليغراف، أو في شكل الكتروني.

- **الإشارة المتداولة عرفا:** كهز الرأس أفقيا ويدل على الرفض، أو هزه عموديا ويفيد الموافقة.

- **اتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته:** كعرض البضائع للبيع، أو توقف سيارة الأجرة في محطة المسافرين.

- التعبير الصريح والتعبير الضمني في ضوء الأحكام القانونية

لقد أعطى المشرع بعض الصور للتعبير الضمني، منها ما جاء في **المادة 318 ق م** التي تنص :

---

[1]-لترجيح هذا الرأي: راجع: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 185 وما بعدها.

"ويعتبر إقرارا ضمنيا أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا رهنا حيازيا تأمينها للوفاء بالدين ."

ولقد أخذ المشرع بنفس الحل في **المادة 590 ق م** إذا انتهى عقد الإيجار وبقي المستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مع علم المؤجر اعتبر الإيجار قد تجدد بالشروط الأولى...ويعتبر هذا التجديد الضمني مجرد امتداد للإيجار الأصلي." وتنص المادة 192 من قانون الأسرة:" يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنيا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها."

وخلاصة لما سبق يبدو أن المشرع، في ضوء هذه الأحكام، قد أخذ بالتعريف التقليدي الذي يبدو أن التعبير الصريح هو الذي يتم عن طريق اللفظ أو الكتابة أو الإشارة، بينما ينحصر التعبير الضمني في اتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته[1].

ثانيا: آثار التعبير عن الإرادة:

1- وقت حدوث الآثار القانونية:

تنص المادة 61 ق م:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك". إذا كان طرفي العقد في نفس المجلس فإن التعبير ينتج أثره حين صدوره، أما إذا كان التعاقد برسالة مثلا، فلا ينتج التعبير أثره (القبول)، إلا عند اتصاله بعلم من وجه إليه، وقد وضع المشرع قرينة بسيطة مفادها أن وصول التعبير دلالة على العلم به، وهي قرينة قابلة لاثبات العكس .

ملاحظة هامة: إن هذه القاعدة تكون ذات أهمية عملية إذا كان التعبير عن الإرادة **قبولا** أو إلتزاما بإرادة منفردة، أما إذا كان التعبير عن الإرادة إيجابا فتكون القاعدة عديمة الفائدة، لأن وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته سيمنع حتما القبول من ترتيب أثره، فهو لن يصل إلى علم الموجب.

2- أثر موث الشخص أو فقده لأهليته، على التعبير الصادر عن إرادته:

تنص المادة 62 ق.م:" إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل". ومعنى هذا أن موت المعبر أو فقدانه لأهليته لا يؤثر على صحة التعبير، فينتج أثره وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، غير أن هذا الحكم يستبعد في حالتين:

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 114 .

- إذا تعارضت طبيعة التعامل مع هذه القاعدة، كأن يكون شخص المتعاقد محل إعتبار.(كالتعاقد مع طبيب جراح، أو فنان، أو محامي ...الخ).

- إذا كان التعبير يتضمن ما يخالف هذه القاعدة، كأن يحتاط صاحب التعبير لنفسه، فيقيد آثار التعبير عن إرادته ببقائه على قيد الحياة أو كامل الأهلية.

المطلب الثاني: تطابق الإرادتين

يقصد بتطابق الإرادتين، تطابق الإيجاب مع القبول.

الفرع الأول :الإيجاب

أولا: مفهومه: هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، وعليه ينعقد العقد في كثير من الحالات بناء على دعوة موجهة من أحد الطرفين أو دعوة موجهة إلى الجمهور كالإعلان عن البضائع عن طريق الصحف، أو العرض في وجهات المحلات، غير أن الدعوة إلى التفاوض لا تعد إيجابا رغم أنه يشكل عمل مادي

- يكون التعبير عن الإرادة إيجابا متى توفر الشرطان الآتيان:

-أن يكون التعبير **دقيقا ومحددا:** فيجب أن يحتوي الإيجاب قطعا **على المسائل الجوهرية:** ففي عقد البيع مثلا تحديد الثمن والمبيع.

-وأن يكون **باتا** من جهة أخرى (يعبر عن الإرادة القطعية) [1].

ثانيا: إلزامية الإيجاب:

ميّز المشرع بين الإيجاب المقترن بأجل، والإيجاب الصادر في مجلس العقد،

1- الإيجاب المقترن بأجل:

تنص **المادة 63 ق م**:" **إذا عين أجل للقبول، التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة**". فمن خلال هذا النص لا يمكن للموجب أن يعدل عن إيجابه مالم ينقض الأجل المحدد، ويبقى على إيجابه مادام الأجل قائما.

2- الإيجاب الصادر في مجلس العقد:

تنص **المادة 64 ق م**:" **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الشخص يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى**

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 118 ومابعدها .

آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد ينعقد ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد". ومعنى هذا أنه إذا صدر القبول فورا أصبح الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه، ومع ذلك وحتى ولو لم يصدر القبول فورا فإن الايجاب يبقى ملزما مادام الموجب لم يتحلل من إيجابه وصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد.

ثالثا: سقوط الإيجاب

- في الإيجاب المقترن بأجل يسقط إما: بانقضاء الأجل دون صدور القبول، أو رفض الموجب له للإيجاب قبل نهاية الأجل المحدد للقبول.

- في الإيجاب الصادر في مجلس العقد يسقط إما: بانقضاء مجلس العقد دون صدور القبول، أو عدول الموجب عن إيجابه قبل أن ينفض المجلس.

الفرع الثاني:القبول

هو الرد الإيجابي من طرف الموجب له. فهو الإرادة الثانية في العقد إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين، وعلى هذا الأساس فإن لصحة القبول يستلزم توفر شرطين: أن يكون مطابقا تماما للإيجاب، وأن يصدر قبل سقوط الإيجاب. وللقبول بعض الصور الخاصة.

أولا: مطابقة القبول للإيجاب:

الأصل أن يكون التطابق كلي، ويأخذ المشرع الجزائري في حالات استثنائية بالتطابق الجزئي:

1 –الأصل: التطابق الكلي: فيجب أن يكون القبول مطابقا تماما للإيجاب، ومعناه صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ويستوي أن تكون هذه المسائل رئيسية أو ثانوية أي أن يكون بالموافقة على جميع الشروط دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل، فإذا تضمن رد الموجب له إضافة أو حذفا فهذا يعد رفضا للإيجاب، وهو في نفس الوقت إيجاب جديد بحاجة إلى قبول طبقا **للمادة 66 ق م.**

2- الاستثناء: الإتفاق الجزئي: يكون الإتفاق الجزئي منشئا للعقد إذا توفرت فيه الشروط الآتية طبقا لما نصت عليه **المادة 65 ق.م.** وهي:

-اتفاق المتعاقدين على جميع المسائل الجوهرية.

- إثارة مسائل تفصيلية دون الاتفاق عليها.

- اتفاق المتعاقدين على أن يتفقا على هذه المسائل التفصيلية لاحقا.

- عدم اشتراطهما أن عدم الإتفاق على هذه المسائل التفصيلية لاحقا بمنع قيام العقد.

وفي حال الإختلاف بعد قيام العقد على أحد المسائل التفصيلية، فإن المحكمة تفصل فيها طبقا لطبيعة المعاملة، ولأحكام القانون (القواعد المكملة في العقود المسماة)، والعرف، والعدالة.

ثانيا:صدور القبول قبل سقوط الإيجاب:

معناه أنه يجب أن يكون الإيجاب ما يزال قائما، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة، وإلا اعتبر إيجابا جديدا. وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد.

ثالثا: السكوت الملابس: نصت على هذه الحالة **المادة 68 ق م**:" **إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه**".

فإذا كان الأصل أن السكوت بمجرده لايتضمن أي دلالة على القبول، استنادا إلى القاعدة المشهورة في الفقه الاسلامي" **لاينسب لساكت قول**"، إلا أنه في أحوال استثنائية كالتي نص عليها المشرع الجزائري في نص المادة المذكور أعلاه، يعتبر السكوت قبولا، ويكون ذلك عندما تلابس السكوت ظروف معينة ترجح دلالته على الرضا والقبول، وماذكره المشرع يبقى مجرد أمثلة، ويمكن للقاضي إعمال سلطته التقديرية في كشف ظروف ملابسة أخرى[1].

ثالثا: صور خاصة للقبول

1- القبول في البيع بالمزاد العلني: وفق نص **المادة 69 قانون مدني** :"لا ينعقد العقد إلا برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى منه ولو كان باطلا".

2- القبول في عقد الإذعان: وفق نص **المادة 70 قانون مدني** :" يكون بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها.

الفرع الثالث :زمان ومكان تطابق الإرادتين

إن التعاقد بين غائبين هو الذي لا يجمع المتعاقدين في مجلس واحد يجعل بينهما اتصالا مباشرا حيث

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 171 ومابعدها .

تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. ويقع التعاقد بين غائبين عن طريق المراسلة أو رسول وقد يصدر القبول في مكان ويتم العلم به في مكان آخر، ومن هنا يثور التساؤل عن زمان وعن مكان التعاقد، وأهمية تحديدهما.

أولا: أهمية تحديد الزمان والمكان

1- أهمية تحديد المكان:

- قد يعتد المشرع بمكان إبرام العقد لتحديد المحكمة المختصة إقليميا للفصل في النزاع ومن ذلك نص المادة **40 فقرة 08** من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وكذا المادة **39 فقرة 03** من نفس القانون.

- قد يستند المشرع إلى مكان إبرام العقد الدولي لتحديد القانون الواجب التطبيق، كما جاء في المادة **18 فقرة 03 ق م .**

2- أهمية تحديد الزمان:

- يبدأ سريان بعض المواعيد من وقت تمام العقد: ومثاله دعوى الاستغلال ترفع في مدة سنة من يوم إبرام العقد المادة **90 فقرة 02 قانون مدني** . ودعوى الغبن في مدة 03 سنوات من يوم ابرام العقد **المادة 359 قانون مدني.**

ثانيا: تحديد الزمان والمكان:

لقد انقسم الفقه إلى أربع نظريات:

نظرية إعلان القبول والتي ترى بأن العقد ينعقد بقبول الإيجاب ممن وجه إليه،

ونظرية تصدير القبول والتي ترى بأن العقد ينعقد بتصدير القبول إلى الموجب،

ونظرية تسليم القبول، والتي ترى بأن العقد ينعقد في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب فعلا القبول ، ونظرية **العلم بالقبول** والتي ترى بأن العقد ينعقد في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول.

وقد أخذ المشرع الجزائري في **المادة 67 ق.م** بنظرية العلم الحكمي الذي يستخلص من وصول القبول إلى الموجب، إذ تنص:" **يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.ويفترض ان الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول**".

يتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول وجعل قرينته الوصول، وهذه قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، أي إثبات تأخر العلم وقت الوصول.

الفرع الرابع: أهم الصور الخاصة للتراضي

وهي المقصود بالتطبيقات الخاصة بالتراضي وأهمما: النيابة في التعاقد، الوعد بالتعاقد، التعاقد بالعربون، التعاقد الالكتروني.

أولا: النيابة في التعاقد:

هي إبرام شخص يسمى النائب عملا قانونيا باسم ولحساب شخص آخر يسمى الأصيل، مع انصراف هذه الآثار مباشرة إلى ذمة الأصيل. وتنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب إلى نيابة اتفاقية (عقد الوكالة)، ونيابة قضائية (نيابة المقدم عن المحجور عليه)، ونيابة قانونية (نيابة الولي عن القاصر).

<u>ويشترط لقيام النيابة ثلاثة شروط</u> وهي:

- **أن تحل إرادة النائب محل إرادة الأصيل عند ابرام العقد:** ومعنى هذا أن إرادة النائب يجب أن تكون إرادة سليمة خالية من العيوب، فالعبرة في تقدير صحة العقد هي بسلامة إرادة النائب وليس الأصيل، فحتى ولو كان الأصيل عديم أو ناقص الأهلية فهذا لايؤثر في صحة العقد وفقا للمادة **73** ق.م

- **أن يتعاقد النائب باسم ولحساب الأصيل:** فالنائب لا يتعاقد باسمه، وانما يباشر عملية التعاقد باسم الأصيل طبقا لنص **المادة 74 ق م**، ومن ثم وجب أن يكون المتعاقد معه على علم بصفة النائب طبقا لنص **المادة 75 ق م**.

- **أن يلتزم النائب حدود نيابته:** فسند النيابة سواء العقد أو القانون يحدد للنائب حدود ونطاق النيابة أي مجال التصرفات التي يمكنه ابرامها، فعقد الوكالة في النيابة الاتفاقية تحدد فيه مهمة الوكيل بدقة، وقانون الأسرة حدد صلاحيات الولي والمقدم والوصي. ولذلك فإن التصرفات التي يبرمها النائب خارج حدود نيابته لاتنصرف إلى الأصيل بل يتحملها النائب إلا إذا أقرها الأصيل.

هل يجوز تعاقد الشخص مع نفسه ؟: إن المشرع الجزائري و طبقا لنص **المادة 77 ق.م** يمنع تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، لكن يجوز ذلك في حالة مراعاة قواعد التجارة، أو إجازة الأصيل لذلك لاحقا.

ثانيا:الوعد بالتعاقد:

الوعد بالعقد وفق ما نصت عليه **المادة 71 ق.م**، اتفاق يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، فالوعد بالتعاقد عقد بمعنى الكلمة يمهد بإبرام عقد آخر وهو العقد الموعود به وهذا الوعد قد يكون ملزما لجانبين، كما قد يكون ملزما لجانب واحد،

- **ويشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد**: الشروط العامة لكل عقد على اعتبار الوعد بالعقد عقد، وشروط خاصة نصت عليها **المادة 71 ق م** وهي:

-أن تعين في الوعد جميع **المسائل الجوهرية** للعقد المراد إبرامه.

-وأن تعين **المدة** التي يجب خلالها إظهار الرغبة في التعاقد،

- وإذا اشترط القانون لتمام العقد النهائي (العقد الموعود به) **استيفاء شكل معين** فهذا الشكل يطبق أيضا على الوعد بالتعاقد. (اذا كان العقد المستقبلي بيع عقار مثلا فهو من العقود الرسمية فيجب إفراغ الوعد أيضا في شكل رسمي والا كان الوعد باطلا).

آثار الوعد: يمر الوعد بمرحلتين:

المرحلة الأولى: تكون في الفترة مابين وقت ابرام الوعد و إظهار الموعود له رغبته في التعاقد في الوعد الملزم لجانب واحد، أو حلول الميعاد المحدد لابرام العقد في الوعد الملزم لجانبين، في هذه المرحلة يترتب التزام شخصي على الواعد يتمثل في بقاء الواعد على التزامه بإبرام العقد المستقبلي.

-في هذه المرحلة لا يملك الموعود له سوى حق شخصي تجاه الواعد وهو مساءلة الواعد مدنيا في حال الاخلال بالتزامه، ومن ثم يبقى الشيء محل الوعد ملكا للواعد وله أن يتصرف فيه وتحمل تبعة هلاكه، ولا يملك الموعود له أي حق أو صلاحية على هذا الشيء[1].

المرحلة الثانية: تبدأ بعد إظهار الموعود له رغبته في الوعد الملزم لجانب واحد، أو حلول الميعاد المحدد لابرام العقد في الوعد الملزم لجانبين، وهنا يصبح الواعد ملزما بتنفيذ وعده أي إبرام العقد الموعود به، فإذا رفض ذلك يكون قد نكل وهنا وجب الرجوع إلى نص **المادة 72 ق م**:" **إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد**".

فطبقا لهذا النص فإن الموعود له يمكنه رفع دعوى قضائية، والقاضي إذا تأكد من توافر شروط الوعد خاصة ماتعلق منها بشكل الوعد، فإنه يصدر حكما يقوم مقام العقد، أي لايكون الموعود له بحاجة إلى حضور وموافقة الواعد على ابرام العقد المستقبلي، وإنما الحكم القضائي يحل محل العقد المستقبلي، غير أنه في بعض الحالات يكون الواعد قد تصرف في الشيء محل الواعد وانتقلت ملكيته إلى الغير حسن النية، كأن يتم بيع العقار بموجب عقد رسمي وتم شهره بالمحافظة العقارية، هنا القاضي قد يتعذر عليه

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 156 .

الزام الواعد بالتنفيذ العيني لعدم إمكانيته حماية للغير حسن النية، فلا يبقى حينها للموعود له سوى المطالبة بالتنفيذ بمقابل.

ثالثا: التعاقد بالعربون

العربون مبلغ من المال أو منقول من نوع آخر يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت التعاقد لممارسة حقه في العدول، أو لتأكيد انعقاد العقد خلال مدة زمنية محددة.

دلالة العربون: أو على ماذا يدل دفع العربون ؟: للعربون دلالتين:

1- دفع العربون كمقابل للحق في العدول، فإذا عدل من دفعه فقده، وإذا عدل من دفعه رده ومثله. وهذا مانصت عليه **المادة 72 مكرر ق م.**

2- دفع العربون لتأكيد إنعقاد العقد، وهنا يكون المبلغ المدفوع جزءا من الثمن، ولا يمكن لأي من المتعاقدين العدول، وإلا أمكن للمتعاقد الآخر إلزامه بتنفيذ العقد مادام ذلك ممكنا. - على أنه إذا لم يتفق المتعاقدان على المقصود من دفع العربون، فإنه وطبقا **للمادة 72 مكرر ق.م.** يجب اعتباره بمثابة حق في العدول، لكون هذه المادة مكملة وذا لم يوجد مايدل الاتفاق على مايخالفها فإنه يجب اعمالها.

رابعا: التعاقد بواسطة الانترنت

إن التعاقد عبر شبكة المعلومات العالمية لا يختلف على العموم مع طريقة التعاقد التقليدية، فبدل التعبير عن الإرادة بالكتابة على الورق، يكون التعبير بكتابة ترسل بواسطة وسائل الكترونية. ويتم التعاقد الالكتروني بوسيلتين أساسيتين: إما عرض للجمهور بواسطة الصفحة الإعلامية العالمية الواب، أو بواسطة عرض موجه لشخص في البريد الالكتروني.

غير أن هذا النوع من التعاقد يثير بعض الصعوبات العملية وهي تتعلق خصوصا بـ:

- تحديد شخص المتعاقد من جهة فبالنسبة فالمتعاقدين يتبادلان إرادتمهما عن طريق الهوية الالكترونية، غير أن هذه الهوية ليست حقيقية، فهي من اختيار الشخص نفسه ولا تخضع لأية مراقبة أو مصادقة، فقد يكون المتعاقد قاصرا مما ينال من سلامة الرضا. كما أن القبول عادة ما يكون بالضغط على الزر المبين على الشاشة تحت بند قبلت، فيكون الرضا شبه آلي دون ترو أو تفكير.

وقد تدخل المشرع لتنظيم هذا النوع من العقود الالكترونية على ثلاث مراحل:

1- على مستوى القانون المدني بموجب تعديل سنة 2005، حيث وسّع المشرع من مفهوم الكتابة بحيث أصبحت تشمل الكتابة على الورق والكتابة الالكترونية وذلك في نص المادتين 323 مكرر

و 323 مكرر 01 قانون مدني.

2- سنة 2015 بإصدار القانون رقم **04/15**[1] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، حيث حدد من خلاله شروط التوقيع وكيفية توثيق هوية الموقع وإثبات قبوله، كما حدد أيضا كيفية إثبات الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع وهو التصديق الالكتروني.

3- سنة 2018 بإصدار القانون رقم **05/18**[2] المتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث حدد المشرع من خلاله شروط ممارسة التجارة الالكترونية، ومجالها حيث منع بعض المعاملات في نص **المادة 03** منه وهي: لعب القمار والرهان واليانصيب، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية او التجارية،كل سلعة تستوجب عقد رسمي.

المبحث الثالث:

صحة التراضي

لايكفي أن يكون التراضي موجودا كما سبق، بل يجب أيضا أن يكون التراضي صحيحا، وذلك بأن يكون صادرا من ذي أهلية وسليما من عيوب الإرادة،

المطلب الأول: أهلية التعاقد

الأصل طبقا لنص المادة 78 قانون مدني أن:" **كل شخص أهل للتعاقد، مالم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون**".

وقد سبق القول عند بيان وجود التراضي، أنه يجب أن يكون صادرا عن شخصية قانونية تتمتع بالأهلية الكاملة للتعاقد، فإذا انعدمت الأهلية انعدم الرضا وكان العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما هو الحال في العقود التي يبرمها الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، فهؤلاء عديمي أهلية.

على أنه أحيانا قد يكون التراضي موجود، ولكنه غير صحيح إذا كان المتعاقد ناقص أهلية ويتعلق الأمر بكل من:

أولا:الصبي المميز: وهو من بلغ سن التمييز (13 سنة)، ولم يبلغ سن الرشد (19 سنة)، فله قانونا أن يقوم بالتصرفات التي تكون نافعة لها نفعا محضا (كقبول الهبة مثلا)، وأما الضارة له ضررا محضا فهي باطلة(كأن يكون هو الواهب)، واما الدائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي

[1] - القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر، عدد 06، سنة 2015.

[2]- القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر، عدد 28، سنة 2018.

وفي حال النزاع يرفع الأمر إلى القضاء وهذا طبقا لنص المادتين 44 قانون مدني و 83 قانون أسرة.

ثانيا: السفيه: وهو الذي يقوم بتبذير أمواله في غير ما يقضي به العقل والشرع[1].

ثالثا: ذا الغفلة: وهي نقص في الملكات النفسية ينتج عنه سوء التقدير وعدم الاهتداء إلى الرابح والخاسر من التصرفات[2].

وتأخذ تصرفات كل من السفيه وذا الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز بعد تسجيل قرار الحجر، أما قبله فتعد صحيحة، إلا إذا كانت حالتهما ظاهرة و فاشية[3].

ملاحظة: طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة يجوز للقاضي ان يأذن لمن يبلغ سن 18 سنة (سن الترشيد) بالتصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب ممن له مصلحة.

المطلب الثاني: عيوب الإرادة

وهي الغلط والتدليس والإكراه، والاستغلال ولقد أضاف إليها المشرع الجزائري الغبن في المادة 91 ق.م غير أن الغبن في حقيقته ليس عيبا في الإرادة ولكنه عيب في العقد على ماسيتم بيانه.

الفرع الأول: الغلط (المادة 81 ق م إلى المادة 85 ق م)

أولا:مفهومه:

الغلط وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، فهو تصور خاطئ للأمور والأشياء[4]، وقد حاول المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 85 ق.م التوفيق بين قواعد القانون في قيام العقد على رضا صحيح ومقتضيات التعامل التي تتنافى مع جواز مفاجأة العاقد بابطال العقد، وعليه اشترط في الغلط الذي يوجب إبطال العقد أن **يكون جوهريا** طبقا لنص **المادة 81 ق م**:" **يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله**"، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط طبقا لنص **المادة 82 فقرة 01 ق م.**

ثانيا: صور الغلط الجوهري:

1-الغلط في صفة الشيء: نصت **المادة 82 فقرة 02 ق م**:" **ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا**

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 375.

[2]- المرجع نفسه، ص 375.

[3]- المرجع نفسه، ص 379.

[4]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 174.

وقع في صفة للشيء يرها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية".

ويكون هذا الغلط إذا وقع في ذات أو مادة الشيئ أو في نوعه أو صفة فيه، وتكون جوهرية أي أساسية في نظر المتعاقدين وقت إبرام العقد وفقا لظروف التعاقد ومقتضيات حسن النية(كمن يشتري تحفة أثرية على أنها من الذهب الخالص، ثم يتبين له أنها من النحاس المطلي بالذهب)[1].

2- الغلط في شخص المتعاقد الآخر:

نصت **المادة 82 فقرة 03 ق م**:"**إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".**

وهذا النوع يكون في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث تكون ذات المتعاقد أو صفة من صفاته هي السبب الرئيسي في إبرام العقد معه (كمن يتعاقد مع طبيب يعتقد بأنه مختص بينما هو طبيب عام)[2].

3-الغلط في القانون

طبقا لنص **المادة 83 ق.م فإنه**:" **يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 مالم يقض القانون بغير ذلك**".

فالغلط في القانون مثله مثل الغلط في الواقع، لايكون مبطلا للعقد إلا إذا استوفى شروط الغلط الجوهري بأن يكون جسيما ومؤثرا، ومثاله: كالتزام الوارث بتسديد ديون المورث معتقدا أن القانون يلزمه بذلك[3]. غير أن هناك حالات استثنائية لايعتد فيها بهذا الغلط، ومنها مانصت عليه المادة 465 قانون مدني:" **لا يجوز الطعن في الصلح لغلط في القانون ."**

4- الغلط في الباعث:

مع ظهور النظرية الحديثة للسبب كما سنرى لاحقا، اختلط مفهوم الغلط في السبب مع الغلط في

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 395-396.

[2]-ومن التطبيقات القضائية لهذه الصورة من الغلط ماذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها:"...ولما كان من الثابت في قضية الحال ان الطعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده، دون أن يقدم هذا الأجير أي وثيقة تثبت صفته هذه فإن قضاة المجلس بتاييدهم الحكم المستانف القاضي على الطاعن ان يدفع للمطون ضده اجوره المستحقة قد خرقوا القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". قرار المحكمة العليا – الغرفة المدنية- المؤرخ في 1988/11/14.

[3]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 181.

الباعث، وحلا لهذا الاختلاط والتداخل يرى الأستاذ السنهوري بأن نظرية الغلط هي التي تطبق دون التمييز بين الغلط في الباعث والغلط في السبب، فيكون حينئذ العقد قابلا للابطال فقط، وحجته في ذلك أنه حسب القانون المدني المصري الجديد فلا يعتد بالسبب إلا في حالة عدم مشروعية السبب فقط، ومادام أن نظرية السبب التي اخذ المشرع لاتهتم بصحة السبب ، فالغلط الباعث يدخل في مجال تطبيق الغلط دون أن تنازع في ذلك نظرية السبب[1].

وعلى اعتبار أن المشرع الجزائري قد نظم نظريتي الغلط والسبب بما يتوافق مع القانون المدني المصري الجديد، فإن ماذهب إليه الأستاذ السنهوري ينصرف أيضا إلى القانون الجزائري.

5- الغلط في القيمة:

بالنظر إلى أحكام القانون المدني الجزائري، فإنه لا يمكن القول بالأخذ به كسبب من أسباب الإبطال، خاصة وأن المشرع الجزائري قد عالج مسألة التفاوت في الإلتزامات بين المتعاقدين، من خلال الغبن كعيب في بعض العقود فقط- حالة استثنائية، كما أنه إعتد بالإستغلال كعيب من عيوب الإرادة في المادة 90 ق.م.ج، ولكن لايكفي هنا مجرد التفاوت في الإلتزامات ولكن يجب أن يكون التفاوت ناجما عن استغلال طيش بين أو هوى المتعاقد المغبون.

ملاحظة: إذ وقع غلط في الحساب أو في الكتابة فإنه لا يؤثر في صحة العقد، ويكتفي باستدراكه وتصحيحه، وقد نصت على ذلك **المادة 84 ق م** بقولها":**لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط** ". وكذلك الأمر في زلات القلم في الكتابة فهي لا تؤثر في صحة العقد ولكن تصحح.

ثالثا: شروط التمسك بالغلط:

طبقا لنص **المادة 85 ق.م،** فإنه لا يجوز لمن وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يستوجبه حسن النية، ولذلك فهو ملزم بالبقاء على العقد إذا اظهر المتعاقد الآخر حسن نيته واستعداده لتنفيذ العقد وفق ما كان يقصده المتعاقد الذي وقع في الغلط.

فالغلط الذي يتعارض مع حسن النية ونزاهة التعامل لايجوز التمسك به أمام القضاء وخاصة إذا كانت علة تمسكه به قد زالت.

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 305.

الفرع الثاني :التدليس(المادة 86 ق م إلى المادة 87 ق م)

أولا:تعريفه: التدليس أو الخداع هو استعمال حيلة توقع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد، فهو غلط- مدبر أو مستثار-.

هل يغني عيب الغلط عن عيب التدليس :استقرت النظرية التقليدية على أن التدليس الذي يؤدي إلى إبطال العقد ينبغي أن يوقع المتعاقد في غلط، ولذلك رأى كثير من الفقهاء أن الغلط يغنى عن التدليس، بل إن هناك تشريعات وضعية اكتفت بالغلط ولم تنص على التدليس. ولكن الذي يظهر أن نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس لما يأتي:

- الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، أما التدليس فهو غلط مستثار.
- الغلط في القانون لا يبطل عقد الصلح، في حين يمكن إبطاله عن طريق التدليس.
- الغلط يترتب عنه الإبطال بينما التدليس الإبطال مع التعويض[1].

ثانيا: عناصر التدليس:

يتكون التدليس من عنصرين :عنصر مادي، وعنصر معنوي:

1-العنصر المادي: يتمثل العنصر المادي في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد ومنها:

أ-الحيل :هي شتى الأعمال والأفعال والطرق المختلفة التي يستعين بها المدلس لإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه وإيقاعه في غلط يحمله على إبرام العقد. فالعبرة في الحيل هي تظليل المتعاقد، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة والتي لا يمكن حصرها، (كأن يعتمد المدلس على مظاهر خارجية خداعة، كان ينزل في فندق دولي، ويركب سيارة فخمة، أو يستشهد بوثائق مزورة، أو ينتحل شخصية ....الخ).

ب-الكذب: قد يلجأ المدلس إلى الكذب لإخفاء حقيقته، ولا تعد الأكاذيب تدليسا إذا لم تتعد ماهو مألوف بين الناس، إذ هناك من الكذب ماهو مباح والذي يدخل في باب مدح السلع والإشهار التجاري.

ج-السكوت العمدي: -الكتمان-: تنص **المادة 86 فقرة 02 ق م:"** **يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".**

فالكتمان عن الادلاء إلى الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية اللازمة وعدم تنوير ارادته أثناء تكوين العقد يعد ايضا تدليسا، اذا ثبت أن المدلس عليه ماكان ليبرم العقد لو علم بتلك المعلومات وقت ابرام

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 190-191.

العقد.

وقد أصبح مجرد الالتزام السلبي بعدم الكتمان، التزاما ايجابيا ترجمته معظم التشريعات المعاصرة فيما يسمى بالالتزام بالإعلام أو الإلتزام بالافضاء أو الالتزام بالتبصير، وغيرها من التسميات. ليصبح كأحد الحقوق الأساسية للمستهلك، والالتزامات الرئيسية للمنتج أو المحترف، وقد نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 17 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذا المادة 04 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

2-العنصر المعنوي: يتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل والخداع عند المدلس، ويقضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بشتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه للتعاقد.

وعليه فإذا انتفت نية التضليل لدى المدلس، بأن يكون قد وقع في التدليس من تلقاء نفسه، فالأمر يكون غلطا وليس تغليطا.

ثالثا: شروط التدليس:

يشترط في التدليس شرطين: أن يكون مؤثرا ، وأن يصدر من المتعاقد معه أو ممن يمثله.

1-التدليس المؤثر: يستفاد هذا الشرط من نص المادة 86 قانون مدني في قولها:" **يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد**...". ومعنى هذا أنه يجب أن تبلغ الحيل من الجسامة حدا يعتبر دافعا إلى التعاقد، أي لولاها لما أبرم المتعاقد العقد، ويرجع في تقدير هذه الجسامة إلى المعيار الشخصي، أي مراعاة ظروف المتعاقد وأحواله ودرجة ذكائه وخبرته وسنه وجنسه، إذ أن من الأشخاص مايسهل خداعه ومنهم من يصعب غشه[1].

2- أن يصدر التدليس من المتعاقد معه أو ممن يمثله: تنص **المادة 87** قانون مدني على أنه:" **إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس."**

فيشترط المشرع الجزائري صراحة ان يصدر التدليس من المتعاقد الآخر أو من يعمل تحت سلطته وإمرته كأن يكون نائبا عنه أو تابعا له، فإذا انتفت هذه العلاقة وكان التدليس صادرا من الغير فليس له أي أثر

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 430-431.

على صحة العقد، ولا يكون سبا لابطاله حتى ولو كان دافعا لإبرامه[1].

الفرع الثالث: الإكراه (المادة 88 ق م إلى المادة 89 ق م)

أولا: مفهوم الإكراه

الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الفرد فتدفعه إلى ابرام عقد لايرغب فيه[2]، فهو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، والإكراه بهذا المعنى يفسد الرضا ولا يعدمه، فإرادة المكره موجودة، ولكنها معيبة بفقدانها لأحد عناصرها الأساسية وهو عنصر الحرية والاختيار[3]. ولقد عرفه المشرع الجزائري في **المادة 88 ق م**:"بأنه الرهبة التي تبعث دون حق في نفس أحد المتعاقدين فتحمله على التعاقد".

يتضح من خلال نص المادة 88 أن العبرة في الإكراه ليس بالوسائل والتهديدات التي يلجأ إليه المتعاقد، وإنما العبرة بما تحدثه في نفس المتعاقد من رهبة وخوف، وقد اشترط المشرع أن تكون الرهبة بّينة من جهة، وأن تكون بدون وجه حق أي غير مشروعة من جهة أخرى.

1- الرهبة البّينة:

حدد المشرع المقصود بها في **المادة 88 فقرة 02** ق م:" **وتعتبر الرهبة قائمة على بّينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال...**". فالرهبة قوامها الخطر، والذي يجب ان يكون جسيما من جهة، ومحدقا من جهة أخرى.

أ- الخطر الجسيم:

هو خطر ذو عواقب وخيمة يخشاها المتعاقد نظرا لما قد يصيبه هو أو أحد أقاربه إما بقتله أو حرق ممتلكاته، أو اختطاف أحد أبنائه أو أقاربه، أو التهديد بالمساس بشرفه أوعرضه، وتقاس جسامة الخطر **بمعيار ذاتي** حسب ماجاء في **المادة 88 فقرة 03** ق م:" **ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الإجتماعية والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه**". فما قد يخيف الغني قد لايخيف الفقير، وكذا الصحيح والمريض، وكذا الذكر والأنثى.

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 432-433.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 202.

[3]-بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 442.

ب- الخطر المحدق:

هو الذي قد يقع بين لحظة وأخرى، أما إذا كان مجرد خطر بعيد متراخي فإنه لايفسد الرضا.

2- الرهبة غير المشروعة (بدون وجه حق):

يشترط أن تكون الرهبة غير مشروعة بدفع المتعاقد إلى إبرام عقد لايرغب فيه، لكن أحيانا قد تكون هناك رهبة مشروعة إذا ما أبرم العقد مثلا نتيجة:

أ- النفوذ الأدبي الموجود بين المتعاقدين:

كعلاقة الأبوة بين الأب والابن، أو المصاهرة، أو علاقة الزوجية، أو العلاقة الوظيفة، فما يوجد بين هؤلاء من احترام وسلطة أدبية لايعد إكراها لكونه مشروعا ومألوفا. طالما كانت الغاية مشروعة أما التعسف واستغلال هذه السلطة فيعيب الرضا.

ب- **التهديد باستعمال حق:** الأصل أنه لايعد التهديد باستعمال الحق إكراها، بشرطين:

- أن يكون الغرض مشروعا من جهة، كأن يهدد الدائن مدينه بحجز أمواله إذا لم يقم برهن مسكنه ضمانا للدين، إما إذا تم تهديد السارق مثلا بتقديم الشكوى إذا لم يقم بالاعتراف كتابة بدين أضعاف المبلغ المسروق، فهنا الغرض غير مشروع ومن ثم يكون الرضا معيب.

-أن تكون الوسيلة مشروعة: فإذا كان الغرض مشروعا بينما الوسيلة غير مشروعة فيعد إكراها كأن يلجأ المسروق إلى استعمال العنف لحمل السارق على الاعتراف كتابة بالمبلغ الذي سرقه. فهنا الغرض مشروع بينما الوسيلة غير المشروعة فيكون الرضا معيبا.

ثانيا: الإكراه الصادر من الغير:

تنص **المادة 89 قانون مدني** على أنه**:" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، إلا إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه."**

سؤال: هل يعد استغلال حالة الضرورة إكراها ؟: يقصد بحالة الضرورة الضغط الذي تولده أحداث أو ظروف اقتصادية أو اجتماعية أو طبيعية تهيأت صدفة واستغلها الطرف الآخر لابرام عقد لم يكن ليبرمه المتعاقد في الظروف العادية. كأن يبرم الشخص عقد قرض بشروط مجحفة كونه بحاجة ماسة لاموال لاجراء عملية جراحية مستعجلة. حقيقة لم ينص المشرع على هذه الحالة في القانون المدني، بل اشترط أن يكون الاكراه مصدره المتعاقد أو الغير، ولكن معظم الفقه يرى بأن لامانع من اعتبار حالة الضرورة

معيبة للرضا، طالما أن العبرة هي بسلامة الرضا[1].

الفرع الرابع :الاستغلال (المادة 90 ق م إلى المادة 91 ق م)

تنص **المادة 90 ق م** على أنه**:" إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات المتعاقد الآخر...".**

أولا: مفهوم الاستغلال:

الاستغلال لغة: هو الانتفاع من الغير بدون حق. **أما اصطلاحا:** فهو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض، فللاستغلال إذن عنصران عنصر مادي وعنصر نفسي.

أ- العنصر المادي: والذي يظهر في صورتين:

1-التفاوت بين الالتزام والعوض:

يتضح من **المادة 90 ق م**، أن للتفاوت صورتين: فقد يكون ما بين التزامات المغبون، وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد، كما هو الحال في عقود المعاوضة، وقد يكون التفاوت ما بين التزامات المغبون والتزامات المستغل كما هو الحال في العقود التبادلية، لكن إذا كانت العبرة هنا هي بتعادل ما التزم به المتعاقد مع ما تلقاه مقابل ذلك، فإن الكلام ينحصر في عقود المعاوضة دون غيرها. ويعتد المشرع الجزائري بالتفاوت الكثير، والذي يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في تقديره[2].

2- انعدام العوض

يثار التساؤل عن مدى تطبيق نظرية الاستغلال على عقود التبرع، وبالرجوع لنص **المادة 90 ق م**، فإنها لم تستبعد هذه العقود من مجال تطبيقها، إذ العبرة بالدرجة الأولى هي بالضعف النفسي للمغبون، بينما الاختلال في تعادل التزامات المتعاقدين يعتبر النتيجة المترتبة على عملية الاستغلال، ومن ثم فإن العنصر المادي في عقود التبرع، يتمثل في الفرق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع و الغاية المعنوية التي يسعى إلى تحقيقها، والتي تظهر في المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 210 ومابعدها.

[2]- المرجع نفسه، ص 218.

جهة، وثروة المتبرع من جهة أخرى، وهذا الأقرب لأحكام **المادة 90 قانون مدني**[1].

-ب- العنصر النفسي:

للعنصر النفسي مظهران، يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون و يتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.

1-الضعف النفسي: يعتد المشرع في الضعف النفسي بحالتين هما : الطيش البين، و الهوى الجامح .

الطيشالبيّ ن: هو حالة نفسية تعتري الشخص فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر كافي. ويتميز الطائش بالتسرع في تصرفاته دون حساب عواقبها.

الهوى الجامح : هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس المتعاقد فتنال من سلامة القرارات التي يتخذها، فميول النفس واشتهاؤها شيء ما، أو شخصا معينا يندفع معه المتعاقد المغبون ويسعى في تحقيق رغباته دون تبصر ومهما كان الثمن، غير مبالي بالأضرار التي قد تلحقه.

2 -استغلال ضعف المغبون: زيادة على الضعف النفسي، تشترط **المادة 90 ق م** أن يستغل المتعاقد هذا الضعف، فيدفع المتعاقد المغبون إلى إبرام العقد، والاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معينة قصد الحصول على فائدة.

ويثار التساءل عن مدى تحقق الاستغلال إذا كان المتعاقد المستفيد لا يعلم بالطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد المغبون، وتعاقد معه بحسن النية، معتقدا أنه قام بعملية رابحة لا غير ؟. والراجح أن التفاوت الكبير بين التزامات المتعاقدين يفترض الاستغلال، فيستفيد المغبون من حماية قانونية. وإذا ثبتت سوء نية المتعاقد المستفيد يلزم زيادة على ذلك بتعويض الضرر الذي لحق المغبون.

ثانيا: الجزاء الذي يترتب على الاستغلال

إذا تحقق الاستغلال بعنصريه المادي والمعنوي، فإنه يمكن للمتعاقد المغبون إما أن يطالب بإبطال العقد أو الإنقاص من التزاماته.

أ- دعوى الإبطال:

الإبطال حق للمغبون: طبقا لنص **المادة 90 ق م**، فإنه لا يجوز للمتعاقد المستغل أن يتمسك ببطلان العقد، ولا يمكن للقاضي أيضا أن يحكم به من تلقاء نفسه، حيث نصت:" ... جاز للقاضي **<u>بناءا على</u>**

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 220-222.

طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد ...".

السلطة التقديرية للقاضي: إذا تقدم المغبون بدعوى الإبطال وتأكد لدى القاضي تحقق الاستغلال فهل يلزم بالابطال أم له أن يقضي بإنقاص التزام المتعاقد المغبون فقط ؟ إن مبادئ التقاضي تقيد القاضي بطلبات المتخاصمين، ومعنى ذلك أنه لا يمكن للقاضي أن يحكم بأكثر من طلبات الخصوم، في حين يجوز له أن يقضي بأقل منها، وعليه يعتبر إنقاص التزام المتعاقد المغبون أقل درجة من إبطال العقد ، فللقاضي إذن أن يحكم بالإنقاص من التزامات المغبون عوض الإبطال، إلا إذا رأى القاضي بأن الإبطال أحسن وسيلة لرفع الغبن.

توقي دعوى الإبطال: طبقا لنص **المادة 90 فقرة 03 ق م:** فإنه يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذ عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

ب- دعوى الإنقاص:

إلى جانب إبطال العقد أقر المشرع وسيلة ثانية لرفع الغبن، تتمثل في الإنقاص من التزامات المتعاقد المغبون. ويلزم القاضي بدعوى الإنقاص التي يتقدم بها المغبون، حيث لا يمكنه أن يقضي بإبطال العقد لأنه أكثر مما طلب منه، وليس للقاضي إذن إلا أن ينقص من التزامات المغبون إذا تحقق وجود الاستغلال، أو أن يرفض الدعوى إذا لم يتحقق الاستغلال.

جـ- ميعاد رفع الدعوى: طبقا لنص **المادة 90 فقرة 02 ق م**: فإنه يجب أن ترفع الدعوى (إبطال أو انقاص) خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

ثالثا: أحكام الغبن (عيب في بعض العقود)

طبقا لنص **المادة 91 ق م فإنه:" يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الاخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود**".

أ-مفهوم الغبن: هو العنصر المادي في الاستغلال أي عدم التعادل أو التفاوت بين مايعطيه العاقد وما يحصل عليه، أو هو عدم التعادل بين الأداءات المتبادلة، ولم يأخذ به المشرع كقاعدة عامة في كل العقود، بل هو حالة استثنائية في بعض العقود فقط احتراما لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومنها:

1- **الغبن في بيع العقار:** طبقا لنص **المادة 358 ق م**:"إذا بيع عقارا بغبن **يزيد عن الخمس**، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع"، ويجب أن ترفع **دعوى تكملة الثمن** خلال مدة 03

سنوات من يوم انعقاد البيع طبقا لنص **المادة 359 ق م.**

2- الغبن في عقد المقايضة: وهذا بمقتضى نص **المادة 415 ق م** التي تقضي بتطبيق أحكام عقد البيع على عقد المقايضة.

3- الغبن في عقد القسمة: وهذا بمقتضى نص **المادة 732 ق م** :"يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن **يزيد على الخمس** ... ويجب أن **ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة**. وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذ أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".

مثال: إذا بيع عقار بثمن قدره 380 مليون سنتيم، ثم تبين أن ثمن المثل هو 500 مليون سنتيم فهنا نتبع الخطوات الآتية:

- حساب مقدار التفاوت: ثمن المثل (500 مليون سنتيم)– ثمن البيع (380 مليون سنتيم) = 120 مليون سنتيم

- حساب الخمس: 500 × 5/1 = 100

- نقارن بين مقدار التفاوت ومقدار الخمس فنجد: 120 > 100 أي التفاوت يزيد عن الخمس فهنا يوجد غبن.

- نرفع دعوى تكملة الثمن: القاضي يحكم بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل: أي التكملة إلى 400 مليون سنتيم، أي يحكم القاضي على المشتري بدفع مبلغ إضافي للبائع قدره 20 مليون سنيتم.

الفصل الثاني:

ركن المحل (المادة 92 ق م إلى المادة 95 ق م)

يعتبر المحل الركن الثاني من أركان العقد، وقد وقع الخلاف بين الفقه حول ما إذا كان المقصود هو محل الالتزام أم محل العقد، والراجح وفق مايرى الأستاذ علي فيلالي أن العبرة تكون بمحل الالتزام لأن العقد ليس له في الحقيقة محل بل يرتب آثارا تتمثل في إنشاء التزامات، فلفظ "محل العقد" غير صحيح بل استعمل من إيجاز الحذف فقط، والأصح أن يقال:" **محل الالتزام الناشيء عن العقد**"[1]، الذي يشترط فيه المشرع ثلاث شروط: أن يكون موجودا أو ممكنا، أن يكون معينا، وأن يكون مشروعا.

المبحث الأول :

وجود أو إمكانية المحل

يعتد بشرط الوجود اذا تعلق محل الالتزام بنقل حق عيني أو مالي آخر أي التزام بمنح، ويعتد بشرط الإمكان إذا تعلق بالتزام بفعل أو امتناع.

المطلب الأول: وجود المحل

يجب أن يكون الشيء محل الالتزام موجودا قبل نشوء الالتزام أو أثناءه حتى ينعقد العقد، وعدم وجود الشيء وهو حالة نادرة تحول دون قيام العقد لتخلف ركن من أركانه، ويرجع انعدام الشيء إلى حالتين: انعدام الشيء أصلا أو هلاكه.

الفرع الأول :انعدام الشيء أصلا أو هلاكه

أي أن الشيء محل الالتزام لم يكن موجودا أصلا، ولن يوجد مستقبلا، كأن يبيع شخص سيارة غير موجودة تماما، أما هلاك الشيء فمحل الالتزام كان موجودا إلا أنه هلك، ويكون الهلاك إما بإتلاف أو إفساد أو استهلاك الشيء ماديا كاحتراق سيارة محل البيع، أو بفقدان الشيء لخصائصه ومميزاته التجارية، بحيث يصبح غير صالح للاستعمال.

- فإذا هلك الشيء قبل انعقاد العقد أو أثناءه يكون المحل غير موجود،
- أما إذا هلك الشيء بعد انعقاده فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الذي ينشأ صحيحا كما قضت بذلك **المادة 369 ق م": إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط المبيع واسترد المشتري الثمن...**".

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 234-235.

الفرع الثاني: المحل المستقبلي

يرجع التردد في إباحة التعامل في الأشياء المستقبلة إلى الغرر الذي قد ينطوي عليه مثل هذا التعامل، لأن الشيء المستقبل قد يوجد وقد لا يوجد، كبيع الثمار قبل نضجها، فقد تنضج مستقبلا وقد لا تنضج، كما أن بيع المعدوم في الشريعة الإسلامية باطل، غير أنه إلى جانب هذه الاعتبارات الأخلاقية كثيرا ما تدعو الحياة الاقتصادية إلى التعامل في الأشياء المستقبلة فقد يلجأ أصحاب المراكب الصناعية إلى بيع قسط من منتوجاتهم قبل إنتاجها.

* **فالقاعدة:** يجب أن يكون محل الالتزام الناشئ عن العقد موجودا قبل انعقاد العقد أو على الأقل وقت انعقاده، فغذا لم يكن موجودا وقت العقد فالعقد باطل.

* **استثناءا:** أجاز المشرع في نص **المادة 92 ق م** أن يكون محل الالتزام الناشئ عن العقد شيئا مستقبلا ومحققا، وقد اشترط المشرع ضرورة أن يكون **وجود المحل في المستقبل محققا**، والهدف من ذلك تفادي الغرر ما أمكن، فغالبا ما يكون المحل محققا إذا كان يتوقف على تدخل المدين وإرادته ولايتوقف على عامل طبيعي أو خارجي آخر كشراء شقة لم يكتمل بناؤها بعد، أما إذا كان الوجود يتعلق بعوامل أخرى لا يتحكم فيها المتعاقدان فيكون غير محقق كشراء الثمار قبل نضجها.

* غير أن المشرع وإن أجاز التعامل في المحل المستقبلي، فإنه قد منع التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة واعتبره باطلا ولو كان ذلك برضاه بموجب نص **المادة 92 فقرة 02 ق م**، وذلك لما فيه من مضاربة على حياة المورث.

* باستثناء عقد الوصية الذي يعد تعاملا في تركة الإنسان قيد حياته، ومع ذلك أجازه المشرع في قوله: " إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا".

شرط تحقق المحل في المستقبل

إن المشرع الجزائري كماسبق يجيز التعامل في الأشياء المستقبلية، أي تلك الأشياء غير الموجودة وقت العقد، ولكنها ستوجد في المستقبل. غير أن المشرع وخلافا لبعض التشريعات المقارنة، ومنها القانون الفرنسي، وبعض التشريعات العربية، قد قيّد جواز هذا التعامل بشرط تحقق وجود الشيء في المستقبل.

وبخصوص التكييف القانوني لشرط التحقق، فيرى بعض الفقهاء، ومنهم الدكتور وحيد الدين سوار، أن المشرع الجزائري قد علّق التعامل في المحل المستقبلي على شرط واقف، فإذا تحقق الشرط

وهو وجود الشيء المستقبل كان العقد صحيحا، أما إذا تخلف الشرط ولم يتحقق وجود الشيء في المستقبل، زال العقد[1].

وقد اعترض بعض الفقهاء بحق على هذا الرأي، ذلك أن الشرط الواقف لا ينصب إلا على واقعة عرضية...وأن الإلتزام المعلق على الشرط الواقف يجب أن يكون قد استوفى جميع أركانه الأصلية ثم يضاف إلى هذه العناصر الأصلية عنصر إضافي مستقل غير محقق الوقوع يشترطه طرفا العقد ويعلقان على تحقيقه وجود الإلتزام. أما الإلتزام الذي لا يزال ينقصه أحد أركانه الأصلية كالمحل فلا يوصف بأنه التزام شرطي، إنه التزام إحتمالي لأن الذي ينقصه ليس عنصرا عرضيا بل ركن أصيل هو المحل. فإذا وجد المحل فيما بعد يعتبر الالتزام موجودا من يوم وجود المحل، أما إذا لم يوجد المحل فلا يكون الالتزام كامل العناصر الأساسية ومن ثم يكون باطلا[2].

والذي يبدو أن الشيء المستقبل إذا كان وجوده أمرا محقق الوقوع ينعقد العقد لأجل، وهذا ما أخذ به المشرع على سبيل المثال بخصوص عملية بيع الشقق قبل إنجازها، فكّيفها على أساس أنها بيع لأجل. أما إذا كان وجود الشيء مستقبلا هو مجرد احتمال فلابد من التمييز بين حالتين:

قد يتفق المتعاقدان على إبرام عقد يقع على شيء محتمل الوجود من دون شرط أو قيد بحيث نكون بصدد عقد غرر، و من ثم لا يكون لوجود الشيء أو عدم وجوده بعد ذلك أي أثر على صحة العقد أو نفاذه[3]. فمحل العقد هنا هو الحظ وليس الشيء المستقبلي.

وقد يتفق المتعاقدان على إبرام عقد لا يقع على شيء محتمل الوجود مع اشتراط وجود وتحقق ذلك الشيء مستقبلا، حيث ينعدم العقد إذا لم يوجد الشيء. كأن يتم الاتفاق على بيع السمك الذي تخرجه رمية الشبكة، فإن أخرجت هذه الشبكة سمكا تحقق البيع، وإن لم تخرج سمكا لم يتحقق البيع. فيكون العقد حينئذ باطل لتخلف ركن المحل.

ويرى الأستاذ **علي فيلالي** أنه:" إذا كان المشرع يعتد بالشيء المستقبلي كمحل للالتزام ولو كان

---

[1]- وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة 02، 1995، هامش رقم 04، ص46-47. وقد قال بهذا الرأي أيضا الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ، الجزء 03، ص 08.

[2]- عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 325.

[3]- ومن أمثلة هذا الإتفاق:" بيع صائد السمك لرمية الشبكة فيصح البيع أخرجت السمكة أو لم تخرج و أيا كان مقدار السمك الذي أخرجته". عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 08.

وجوده محتملا، فلا يكون إذن العقد باطلا إذا لم يوجد الشيء، بل ينقضي الالتزام بسبب استحالة تنفيذه"[1].

والظاهر أن الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه هو محل نظر، ذلك أن عدم تحقق الشيء المستقبلي يجعل العقد باطلا، ولا يؤدي إلى انقضاء الإلتزام بسبب استحالة تنفيذه. لأنه يجب والحالة هذه التفريق بين مسألتين: فإذا كان وجود الشيء المستقبل محققا، انعقد العقد صحيحا. أما إذا كان وجوده محتملا، فنفرق بين فرضين: إما أن يكون العقد من عقود الغرر المنصوص عليها في الباب العاشر من القانون المدني، وهنا يكون العقد صحيحا لأن هذه العقود محتوية في ذاتها على حظ ربح أو خسارة وقد أجازها المشرع. وإما أن لا يكون العقد من عقود الغرر، وهنا إحتمال وجود الشيء وعدم تحققه مستقبلا يمنع قيام العقد إعمالا لنص المادة 92 قانون مدني، ولا يصح القول بانقضاء الإلتزام لاستحالة تنفيذه، لأن هذا لا يكون إلا إذا انعقد العقد صحيحا، ثم استحال تنفيذه بعد ذلك، أما في حالتنا هذه فالعقد لم ينعقد بعد.

وبعبارة أخرى فإنه باستثناء عقود الغرر المنصوص عليها في المواد 612 وما يليها من القانون المدني، وهي عقود الرهان الخاص بالمسابقة، والرهان الرياضي الجزائري، وعقد المرتب مدى الحياة، وعقد التأمين، -وهي في نظرنا استثناء يأخذ به ولا يقاس عليه-، وبالتالي ففيما عدا هذه العقود، فإن أي عقد آخر يجب أن تطبق عليه المادة 92 قانون مدني، أي أنه إذا انصب العقد على محل مستقبلي وجب أن يكون محققا وإلا كان باطلا.

فالمشرع الجزائري أراد من خلال شرط التحقق تفادي الغرر، وأن إجازته لبعض عقود الغرر تبقى استثناءات أقرها تحقيقا لمصالح رأى أنها أولى بالرعاية في تقديره، مع ما قد يعتري هذا التقدير من مخالفة للشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني :المحل الممكن

إذا كان الالتزام يتمثل في عمل شخصي يتعهد به المدين فلا بد أن يكون ممكنا، وقد نصت على ذلك **المادة 93 ق م:" إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا"**. والاستحالة نوعان: نسبية ومطلقة.

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 229.

الفرع الأول :الاستحالة النسبية:

لا يمنع هذا النوع من الاستحالة انعقاد العقد، لأن المحل يكون غير ممكن بالنسبة للمتعاقد لاعتبارات شخصية تخصه دون غيره كمرض أو لقلة الخبرة أو المهارة... إلخ ، في حين يكون ممكنا بالنسبة للغير، وقد يبرأ المدين بسبب الاستحالة النسبية من التنفيذ العيني، غير أنه يلزم بتعويض الضر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه طبقا **للمادة 176 ق م.**

الفرع الثاني :الاستحالة المطلقة:

يمنع هذا النوع من الاستحالة قيام العقد تماما، لأن الاستحالة ترجع إلى ذاتية المحل نفسه، بحيث يتعذر على كافة الناس القيام بمثل هذا العمل، ويكون المحل غير ممكن في مواجهة الجميع لاعتبارات موضوعية لا علاقة لها بشخص المتعاقد وقدراته. كأن يلتزم الشخص بالتنازل عن اسمه بمقابل، أو أن يلتزم محام بالطعن في قرار بعد انقضاء أجل الطعن، ويشترط حتى يبطل العقد أن تكون هذه الاستحالة المطلقة سابقة أو معاصرة لنشوء الالتزام، أما إذا طرأت بعد نشوء الالتزام فإنها لا تنال من صحته وإنما تجعل تنفيذه مستحيلا، فينقضي الالتزام طبقا **للمادة 307 ق م.**

المبحث الثاني:

تعيين المحل

إن تعيين المحل أمر ضروري وطبيعي لوجود الالتزام، فإذا كانت معالم وحدود الالتزام غير واضحة يكون المدين غير مقيد بعمل أو الامتناع عن فعل أو بمنح شيء ما.

المطلب الأول :طرق تعيين المحل

أولا :تعريف أو وصف القيميات

يقصد بالقيميات الأشياء التي لا يوجد ما يماثلها في السوق ولايقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، ويتم تعيينها بواسطة تعريفها أو عن طريق وصفها فلقد أخضعت المصالح الإدارية بعض الأشياء بتعريف إداري منظم من أجل تعيينها، كترقيم السيارات وعناوين المنازل، والأسماء التجارية. وقد نصت **المادة 952 ق م:" يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه....".**

ثانيا : تعيين جنس ومقدار المثليات

يقصد بالمثليات الأشياء التي يوجد ما يماثلها في السوق ويقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتنص

المادة 94 ق م:" إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا ". وأضاف المشرع في الفقرة الثانية:" **وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".** إذن يتطلب تعيين المثليات حتما تحديد جنسها، ومقدارها، واحتياطا تعيين جودتها.

ثالثا: مبدأ القيمة الاسمية

تقضي أحكام **المادة 95 ق م بأنه**: **إذا كان محل الالتزام نقود، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير**". ومفاد هذه القاعدة أن المدين بمبلغ معين من النقود يكون ملزما برد المبلغ بغض النظر عن قيمة النقود الحقيقية وقت ردها وهذا ما يعرف بـ" مبدأ القيمة الاسمية".

المبحث الثالث :

مشروعية المحل

إضافة إلى شرط الوجود والتعيين يجب أن يكون المحل مطابقا للنظام العام وحسن الآداب، ويترتب على تخلف هذا الشرط الذي تضمنته **المادة 93 ق م** بطلان العقد. فإذا تعلق المحل بالتزام بمنح أونقل ملكية شيء فوجب أن يكون مما يجوز التعامل فيه، وإذا تعلق بالقيام بفعل أو الامتناع فوجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة.

المطلب الأول :قابلية المحل للتعامل

إذا انصب المحل على شيء غير قابل للتعامل، فإنه يكون غير مشروع و يبطل العقد، ويرجع سبب ذلك إما إلى طبيعة الشيء ذاته، أو لحكم القانون .

الفرع الأول: الأشياء الغير قابلة للتعامل بطبيعتها

نصت المادة 682 قانون مدني فقرة 02 على أنه:" **والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها**". يفهم من هذا النص أن الأشياء تكون خارجة عن دائرة التعامل كلما استحالت حيازتها، كأشعة الشمس أو مياه البحر أو الطيور الطليقة... الخ. أما إذا زالت هذه الاستحالة بحيث أصبح الفرد يسيطر على الشيء كالحيوانات الوحشية أو الطيور الطليقة بعد اصطيادها، فتصبح حينئذ قابلة للتعامل، و يكون محل العقد مشروعا[1].

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 253.

الفرع الثاني : الأشياء الغير القابلة للتعامل بحكم القانون

نصت المادة 682 قانون مدني فقرة 03 على أنه:" ...**وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية**". والذي يستفاد من النص أن هناك بعض الأشياء على الرغم من أنها قابلة للحيازة الفردية، وقابلة للتعامل بطبيعتها، إلا القانون يمنع التعامل فيها لمساسه وإخلاله بالنظام العام.

فالآداب العامة التي هي عنصر لا ينفصم عن فكرة النظام العام، باعتبارها مجموعة الأخلاق العليا التي ينبغي أن تسود المجتمع، هذه الأخلاق العليا لا تسمح مثلا بالتعامل في جسم الإنسان، ولا في حياته، ولا في صحته فهو من الأشياء المقدسة، فلا يباع ولا يشترى ولا يكون محلا للتمليك، وهذا هو أيضا سبب حظر التعامل في الأعضاء والأنسجة البشرية. فهذه القيم البشرية أسمى و أهم من أن تقدر ماديا، و هذا ما جعل التبرع بالدم مثلا أو ببعض الأعضاء البشرية كالكلية أو قرنية العين أمرا مباحا، في حين يكون التعامل فيها بعوض محظورا[1].

كما تقتضي حماية الصحة العمومية حظر التعامل في بعض الأشياء التي تعتبر خطيرة على صحة المواطن، كالمخدرات و الحيوانات المصابة بأمراض معدية و المواد السامة...الخ.

كما يقتضي النفع العام كذلك حظر التعامل في الأشياء التي يكون استعمالها – عادة جماعيا -، كالطرقات والجسور والسكك الحديدية...الخ. وهذا ما ورد في القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية[2]، والذي يميّز بين الأملاك العمومية، والأملاك الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، حيث يستثني الأملاك العمومية بحكم طبيعتها أو غرضها من التمليك، ولا يمكن التصرف فيها ولا تخضع للتقادم ولا الحجز[3].

ومن بين الأملاك العمومية الطبيعية ذكر المشرع في المادة 15 من ذات القانون: " **شواطئ البحر، قعر البحر الإقليمي وباطنه، المياه البحرية الداخلية، الثروات والمواد الطبيعية السطحية والجوفية، المحروقات...**".

---

[1]- القانون رقم 05/85 المؤرخ 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها, ج ر عدد 08، المعدل والمتمم. بموجب القانون رقم 13/08المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

[2]- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/14 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم-08 14المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

[3]- عرفت المادة 12 من القانون رقم 30/90 الأملاك الوطنية العمومية كما يلي: " ....الحقوق والملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام ...".

ومن بين الأملاك العمومية الاصطناعية، أشارت المادة 16 من ذات القانون إلى: " **السكك الحديدية وتوابعها الضرورية لاستغلالها، الموانئ المدنية والعسكرية، الموانئ الجوية، والمطارات المدنية والعسكرية، الطرق العادية والسريعة، المنشآت الفنية الكبرى، والآثار العمومية والمتاحف والأماكن الأثرية، الحدائق المهيأة، البساتين العمومية**...".

ونصت كذلك المادة 689 قانون مدني على أنه:" **لا يجوز التصرف في أموال الدولة، أو حجزها أو تمليكها بالتقادم**". وأموال الدولة حسب المادة 688 من ذات القانون هي: " **العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة، أو لإدارة، أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري، أو لمؤسسة اشتراكية، أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلة في نطاق الثورة الزراعية**". فالمنفعة العامة هي معيار الأملاك العمومية التي تكون خارجة عن دائرة التعامل[1].

المطلب الثاني: عدم مخالفة المحل للنظام العام والآداب

إن النظر إلى مشروعية محل الالتزام بعمل أو بعدم فعل شيء ما، يتم في ضوء مقتضيات النظام العام وحسن الآداب. ويقصد بالنظام العام مجموع المصالح السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية العليا في مجتمع ما في زمن ما، أما الآداب العامة فيقصد بها الأخلاق العليا في المجتمع، ويتميز النظام العام بتغيره من زمن إلى زمن، بل قد يختلف في الزمن الواحد من مجمتع إلى مجتمع آخر.

الفصل الثاني مكرر:

ركن السبب (المادة 97 ق م إلى المادة 98 ق م)

استحدث المشرع الجزائري سنة 2005 بمناسبة تعديله للقانون المدني، عنوانا جديدا في الفقرة 02 مكرر بعنوان السبب، حيث كان سابقا يدرج المواد المتعلقة بهذا الركن ضمن ركن المحل، في حين أنهما ركنان مستقلان،

لقد كانت نظرية السبب محل تصورات مختلفة تعود إلى تعدد الإعتبارات الفلسفية والإيديولوجية المعتبرة، فمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد المستمد من المذهب الفردي، لا يسند للسبب دورا آخر غير حماية الفرد ومصالحه، وطالما كان المتعاقد حرا في تصرفاته فلا يحق للمجتمع أن ينشغل بالأسباب التي دفعته إلى إبرام العقد. ولذلك لا يجوز للقاضي مراقبة الدوافع التي حملت المتعاقد على ابرام العقد[2].

[1] - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 242.

[2] - المرجع نفسه، ص 259.

وعلى عكس ذلك أخذ المذهب الإجتماعي بتصور مغاير تماما، حيث يرى في وظيفة السبب وسيلة لحماية المجتمع عن طريق مراقبة كل المعاملات والعقود والإطلاع على الأسباب الشخصية التي حملت كل متعاقد على إبرام العقد. ويقتضي هذا التصور أيضا منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي[1].

إن تطور نظرية السبب قد ارتبط بالدور التي تلعبه الإرادة في تكوين العقود، لذا فإن نظرية السبب لم تكن معروفة في العصور الأولى للقانون الروماني، حيث كانت العقود شكلية، فالعقد لا ينعقد إلا بأوضاع وأشكال خاصة، وليس للإرادة أي دخل فيه. فمتى توافرت تلك الشكلية فإن العقد ينعقد، و يكون منتجا لجميع آثاره، سواء قامت إرادة المتعاقدين إلى جانب تلك الشكلية، أو لم تقم، وسواء كانت الإرادة صحيحة أو معيبة، وسواء اتجهت إلى غرض مشروع أم غرض غير مشروع. فالشكلية وحدها هي التي توجد العقد[2].

وفي العهد العلمي، وبظهور قانون الشعوب، ونظرا لما تقتضيه طبيعة المعاملات التجارية من ضرورة التحرر من قيود الشكل، فإن هذا القانون نزع الشكلية عن كثير من العقود، ولم يبقى منها إلا العقد اللفظي، هذا الأخير ورغم أنه بقي شكليا، إلا أنه مع ذلك تأثر بفكرة السبب تأثرا غير مباشر، حيث أنه متى انعدم سبب هذا العقد أو كان غير مشروع، فإن القانون أعطى للمدين دعوى من دعاوى الاسترداد المعروفة في القانون الروماني.

أما بالنسبة للعقود غير الشكلية، وأهمها العقود الرضائية، وعقود التبرع، والتي تكون فيها الإرادة كافية وحدها لتكوين العقد، فالسبب أصبح فيها أكثر وضوحا كسبب مباشر، إذ أصبح إلتزام كل متعاقد سببا لالتزام المتعاقد الآخر، مع اقتصار أثرها على مرحلة تكوين العقد دون مرحلة التنفيذ[3].

والذي يظهر مما سبق أن فكرة السبب لم تكن معروفة في القانون الروماني إلا في بعض العقود التي يكون فيها للإرادة الدور الكبير[4]. وحتى في هذه العقود كان أثر الفكرة محدودا. فالمقصود بالسبب هنا ليس إلا الغرض المباشر القريب الذي يقصد الملتزم الحصول عليه من التزامه، وهو على هذا النحو

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 259.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، المرجع السابق، ص 455.

[3] - المرجع نفسه، ص 457-458.

[4] - يرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في هذا الصدد أن:" الشكلية والإرادة في القانون الروماني ضدان لا يجتمعان، وإذا طردت الشكلية الإرادة فإنها تطرد في الوقت ذاته السبب بمعناه النفسي، وهو المعنى المتصل بالإرادة". المرجع نفسه، ص459.

سبب موضوعي لا يتغير في النوع الواحد من العقود[1].

وبعد هذا الذي انتهى إليه الرومان، جاء الفقهاء الكنسيون، الذين يجعلون للإرادة المقام الأول في تكوين العقد، وبذلك خلّصوا سائر العقود من قيود الشكل، تأثرا منهم بالاعتبارات الخلقية والأدبية في الدين المسيحي. والتي منها أن العقد لا يجوز تنفيذه إذا كان يهدف إلى غرض غير مشروع، ويعد بذلك خطيئة[2].

فالفقهاء الكنسيون بعد تحريرهم للإرادة، لم يفتهم تقييدها بمشروعية الباعث. وبهذا يظهر أن السبب في الفقه الكنسي، عنصر نفساني سابق على التعاقد، يختلف في النوع الواحد من العقود، فهو إذن الباعث البعيد الدافع إلى التعاقد، أي الغاية التي يريد المتعاقد تحقيقها من العقد. وقد كان هدف الكنسيين بهذا التقييد بداية حماية المجتمع من انصراف الإرادة إلى تحقيق غرض غير مشروع، على أنهم سرعان ما جعلوا من السبب ذاته أداة لحماية الفرد، وتحرير إرادته من الغلط والتدليس والغش. وفي سبيل ذلك أعطيت للقاضي سلطة واسعة في الحكم على العقود حتى يبحث ويتحرى الدوافع النفسية البعيدة التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد، فإذا وجد أنها غير مشروعة، أو مخالفة للنظام العام والآداب أبطل العقد[3].

وقد هاجم الفقيه **دوما (Domat)** في القرن السابع عشر ما انتهى إليه الكنسيون، بدعوى أنهم يعطون سلطة واسعة للقاضي في إبطال العقود المخالفة للنظام العام، مما يترتب عنه في كثير من الأحوال جنوح القاضي إلى التعسف، وإلى تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وقرر **دوما (Domat)** أن السبب هو الدافع القريب الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، ولا مجال للبحث عن البواعث النفسية التي حملته على التعاقد[4].

وما يمكن ملاحظته من خلال كل هذه الاهتمامات والمعالجات الفقهية لنظرية السبب، أنه يطغى عليها تصوران، تطغى على الأول الصبغة الموضوعية حيث يقصد به **السبب القصدي**، في حين تطغى على الثاني الصبغة الذاتية حيث يكون السبب هو **الباعث أو الدافع للتعاقد.**

---

[1] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ، المرجع السابق، ص 462-463.

[2] - حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1986 ، ص 79.

[3] - المرجع نفسه، ص 80.

[4] - أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998، ص 147.

المبحث الأول :

النظرية التقليدية للسبب (السبب القصدي)

يقصد بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية[1] السبب القصدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر، فهو النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه.

ففي العقود الملزمة للجانبين سبب التزام كل متعاقد هو التزام المتعاقد الآخر، أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فإذا كان العقد عينيا، كالوديعة والقرض، والعارية، والتي لا تتم إلا بتسليم الشيء، فإن سبب الالتزام بالرد، هو سبق استلام هذا الشيء. وأما في العقود الاحتمالية، كعقد التأمين، فإن سبب التزام المستأمن هو تأمين المؤمن له من الحوادث التي تقع على الشيء المؤمن عليه، وسبب التزام المؤمن هو دفع الأقساط من المستأمن، والسبب هنا يتضمن عنصرا احتماليا لأن الطرفين رضيا بالمضاربة. وأما في عقود التبرع، فالسبب فيها هو نية التبرع ذاتها[2].

ويتميز السبب القصدي بهذا المفهوم بعدة خصائص: فهو أمر داخلي في العقد، ويعتبر عنصرا من عناصره، فلا وجود لعقد الهبة مثلا دون نية التبرع. وهو أيضا أمر موضوعي لا تؤثر فيه نوايا الملتزم. ويترتب عن هذا أن السبب واحد في كل نوع من أنواع العقود، فلا يتغير بتغير محل المعاملة[3].

وقد اشترط تشريع نابليون في السبب بهذا المفهوم ثلاثة شروط نصت عليها المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، إذ يجب أن يكون السبب موجودا، وصحيحا، ومشروعا.

فمقتضى شرط الوجود، أنه لابد للالتزام من سبب، فإذا تخلف السبب بطل العقد. ويكون السبب غير صحيح في حالتين: الأولى في حالة الغلط في السبب، وفيها يتوهم العاقد سببا لا وجود له، والثانية هي حالة السبب الصوري، بحيث يكون المتعاقدين على علم بالسبب الحقيقي إلا أنهما يختفيان وراء ستار آخر لأغراض مختلفة قد تكون مشروعة وقد لا تكون مشروعة[4].

وأما مشروعية السبب فإنها تقتضي أن لا يخالف النظام العام والآداب، وأن لا يتعلق الأمر

---

[1] - يقصد بالنظرية التقليدية أحكام قانون نابليون الذي تلقى نظرية السبب كما بسطها الفقيه دوما.

[2] - حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص87-88.

[3] - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 261.

[4] - المرجع نفسه، ص 262.

بشيء غير قابل للتعامل سواء بطبيعته أو بحكم القانون[1].

ورغم دفاع فريق السببين الذي تزعمه الفقيه الفرنسي كابيتان **(Capitant)**، عن هذه النظرية التقليدية للسبب، إلا أنها لم تستطع الصمود أمام الانتقادات التي وجهها لها مذهب اللاسببين الذي تزعمه الفقيه الفرنسي بلانيول **(Planiol)**. ذلك أن هذه النظرية كانت تقوم على تصور ينسجم تماما مع مبادئ مذهب الفردية، حيث تكمن الوظيفة الأولى المسندة للسبب في حماية **حرية التعاقد** من جهة. ومن جهة أخرى فإن هذه النظرية لا تسمح بمراقبة مشروعية السبب، لأن الوقوف عند الغرض المباشر دون النظر في الدوافع الشخصية للمتعاقدين يمنع مراقبة مشروعية السبب[2].

فهذه النظرية وإن كان في اعتدادها بالسبب القصدي فوائد لا تنكر[3]، إلا أن إهمالها للباعث، وعدم الإعتداد به جعلها قاصرة وضيّقة الأفق، ولذلك ضعفت فائدتها، ولم تستطع مواجهة الحياة العملية، ولم ينتفع بها القضاء في حل المشاكل التي تواجهه، فوقف عاجزا أمامها بسبب ما تفرضه من التقيد بالسبب المباشر، ومن ثم الحكم بصحة العقد كلما كان سببه المباشر موجودا ومشروعا، ولو كان هذا العقد يهدد المجتمع في أخلاقه ويخالف نظامه العام[4].

ولذلك فقد هجرها القضاء الفرنسي، وخرج عليها خروجا صريحا، وأصبح يعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد، ويبطل العقود التي ما كان ليتمكن من إبطالها لو ظل متمسكا بالسبب القصدي.

المبحث الثاني:

النظرية الحديثة للسبب (الباعث أو الدافع للتعاقد)

لقد أدت الانتقادات الموجهة لنظرية السبب القصدي، إلى التخلي عنه والاعتداد بسبب العقد لا بسبب الالتزام، فأصبح الدافع هو السبب وليس الغرض المباشر. ويتمثل السبب في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فهو المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين

---

[1]- فقد أبطل القضاء في فرنسا، وبالضبط محكمة ليون بتاريخ 2013/06/27 اتفاقا عقده طبيب، وسيدة عجوز، تعهدت بمقتضاه في مقابل مبلغ من النقود، بقبول إجراء تجارب عليها لإعادة الشباب. راجع؛ حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 94.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 267.

[3]- فهذه النظرية عن طريق السبب القصدي الذي تعتد به وتشترطه كركن في العقد تضمن سلامة العقد وسلامة الإلتزام من الناحية الفنية، وتضمن كذلك تنفيذ العقود والالتزامات الناشئة عنه تنفيذا عادلا؛ عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 160.

[4]-محمد ابن معجوز، السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2005، ص 66.

على إنجاز العملية العقدية[1].

فالباعث أمر شخصي ونفسي يتعلق بنوايا المتعاقدين، وما يتأثر بهما من دوافع. و هو أمر خارج عن نطاق التعاقد، إذ لا يعد ركنا في العقد، ولا شرطا يتوقف عليه وجوده. والباعث أيضا أمر متغير يختلف باختلاف الأشخاص والعقود، فهو ليس واحد في كل نوع من العقود بل يتغير من عقد إلى آخر[2].

وانطلاقا من كون الباعث أمر نفسي خفي، فكثيرا ما يكون المتعاقد الآخر على جهل به، ومن ثم فالحكم ببطلان العقد فيه شيء من الظلم بالنسبة له.

وبخصوص المشرع الجزائري، فيرى بعض الفقه على حق أنه بالنسبة لعقود المعاوضة يجب أن يكون الباعث غير المشروع معلوما من الطرف الآخر، أو كان من المفترض أن يعلم به. وأما في التبرعات فلا يشترط هذا العلم[3].

***شروط الباعث**

يخضع الباعث لشرط واحد وهو **المشروعية**، حيث يسمح النظر في مشروعية الباعث بمراقبة المعاملات من حيث مطابقتها للنظام العام الأخلاقي، والأدبي، والاقتصادي، والاجتماعي..إلخ. ولم تهتم النظرية الحديثة بوجود الباعث لسبب بسيط وهو أن التصرف دون باعث أمر لا يعقل إلا بالنسبة للشخص غير المميز، إلا أنها اهتمت بمشكلة صحة السبب، لكون الصورية وسيلة يلجأ إليها لإخفاء الحقيقة التي قد تكون غير مشروعة.

إن النظر في مشروعية الباعث يسمح بمراقبة العقود من حيث مطابقتها للنظام العام والآداب. فشرط المشروعية يعد بمثابة السلاح الفعال الذي يحارب به القضاء العقود التي يسعى المتعاقدون من ورائها إلى تحقيق أغراض غير مشروعة، فيعمد إلى إبطالها بالرغم من توفر الأركان كلها[4].

وهذا ما أكده المشرع في المادة 97 قانون مدني إذ نصت على أنه:" **إذا التزم المتعاقد لسبب**

---

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص 255.

[2] -حليمة آيت حمودي، المرجع السابق، ص 119-120.

[3] - المرجع نفسه، ص 246-247؛ وكذا: علي فيلالي الذي يرى:" أن مجرد العلم بالنوايا غير المشروعة للمتعاقد الآخر يعد خطأ في جانب المتعاقد، وذلك لأن العلاقة بين المتعاقد(كفرد) والمجتمع أصبحت علاقة تعاون بعدما كانت علاقة مجابهة، حيث كان كل طرف يدافع عن مصالحه متجاهلا تماما مصلحة الآخرين، ثم صار تحقيق وحماية المصلحة العامة أولى من حماية المصلحة الخاصة، وترتبت نتيجة لذلك بعض الواجبات على المتعاقد بصفته عضوا في المجتمع"؛ الالتزامات، المرجع السابق، ص 257.

[4] - محمد ابن معجوز ، المرجع السابق، ص 72-73.

غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا". إذ يتبّن من هذا النص أن المشرع لا يشترط في السبب إلا شرطا واحدا، وهو شرط المشروعية.

إن هذا التوجه يعكس مدى استجابة المشرع لمتطلبات المجتمع التي غّيرت من وظيفة الدولة، خصوصا مع زيادة الأدوار التي أصبحت تضطلع بها. فهي تتدخل في شتى الميادين السياسية والإقتصادية والاجتماعية والثقافية بغية حماية أفراد المجتمع وتحسين المستوى المعيشي لهم. وفي سبيل تحقيق هذا الهدف أضحى العقد يمثل بالنسبة للدولة أحد أهم الوسائل لتحقيق مخططات التنمية، مما يقتضي مراقبة جميع العقود العامة والخاصة. و هذه هي الوظيفة الجديدة التي أسندت للسبب بمعنى الباعث[1].

ذلك أن الإرادة قد أصبح لها الدور الكبير في إنشاء العقود وسائر التصرفات، وهي لابد لها من باعث يحّركها ويوجهها نحو غاية معينة تسعى إلى تحقيقها من العقد، لأن العقد في حد ذاته لا يعدو أن يكون وسيلة لتحقيق غاية معينة، وهي تختلف باختلاف الأشخاص. فقد تكون غاية مشروعة لا يحرمها القانون ولا تخالف النظام العام والآداب، وقد تكون هذه الغاية غير محمودة ولا مشروعة بحيث لا يبيحها القانون و تهدد النظام العام والآداب.

و بما أن القانون يمنع استعمال وسائل مشروعة للوصول إلى غايات غير مشروعة، لأن في ذلك تسترا بالقانون وتسخيرا له لتحقيق غاية يحاربها. كان من الضروري الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد الذي يجب أن يكون مشروعا دائما، ومن ثم الحكم ببطلان العقود التي يقصد المتعاقد من ورائها تحقيق غرض غير مشروع، وبهذا تتحقق حماية المجتمع[2].

وهكذا ما أكده القضاء الجزائري من خلال عديد القرارات القضائية ومنها قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه:" من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و الآداب العامة، كان العقد باطلا. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازل عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاة المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 270-271.

[2]- محمد ابن معجوز، المرجع السابق، ص 70-71.

بطلانا مطلقا، خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1].

المبحث الثالث:

موقف المشرع الجزائري

يتحدد موقف المشرع من خلال الشروط التي يخضع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين 97 و 98 ق م، حيث يظهر أن اهتمام المشرع قد انصب على مشروعية السبب، فالمادة 97 ق م تبطل العقد:"...**لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب**...". وأما المادة 98 ق م فتقضي في فقرتها الأولى:"**كل التزام مفترض أنه له سببا مشروعا**". وفي فقرتها الثانية:" **السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه** ." فالعبرة إذن بمشروعية السبب لا بوجوده،

ليتضح مما سبق أن المشرع الجزائري، قد اعتد بالنظرية الحديثة للسبب، وذلك بأن جعل المقصود منه هو **الباعث الدافع على التعاقد** الذي يجب أن يكون **مشروعا**، وإلا كان العقد باطلا، وتحدد مشروعية الباعث في عدم مخالفته لقواعد النظام العام، وفي هذا يكون المشرع قد رجح نوعا ما حماية المجمتع على مصلحة الفرد وأنانيته،

المبحث الرابع:

إثبات السبب

إن المتعاقدين غير ملزمين بذكر السبب في العقد، خاصة وأن المشرع يفترض وجوده ولكن إذا تم ذكره فالمشرع يفترض أنه السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

أولا: افتراض السبب غير المذكور:

تنص **المادة 98 فقرة 01 ق م** :"**كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك**". فإغفال المتعاقدين ذكر السبب لا يمنع قيام العقد، حيث يفترض القانون وجود السبب ويعفي المشرع المتعاقد من إثبات وجوده، ولكن هذه قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها .أي ليس للعقد سبب مشروعا . ويتحمل المتعاقد المدين– الذي يطعن في العقد بالبطلان - عبء إثبات السبب، أو عدم مشروعيته بكل الوسائل.

---

[1]- المحكمة العليا، قضية رقم 43098 ، بتاريخ 1987/04/12،المجلة القضائية، 1990، عدد 04، ص 85-87.

ثانيا: افتراض حقيقة السبب المذكور:

تنص المادة **98 فقرة 02 ق م**:"...**ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإن قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه**"، لقد وضع المشرع قرينة قانونية أخرى مفادها أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، وهذه كذلك قرينة بسيطة، حيث يجوز للمدين أن يثبت صورية السبب، التي تقتضي وجود سببين : سبب ظاهر، وهو السبب المذكور في العقد، وسبب خفي، وهو السبب الحقيقي، ويتحمل المدين عبء إثبات الصورية طبقا لقواعد الإثبات. كما يمكن لمن يهمه الأمر– إذا تحققت الصورية- أن يثبت أن للالتزام سببا آخر مشروعا.

الفصل الرابع:

الشكلية كركن في بعض العقود

لقد كرس المشرع الجزائري الرضائية في العقود كأصل عام من خلال نص المادة 59 قانون مدني التي نصت على أنه:" **يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية**". غير أن مبدأ الرضائية قد شهد تراجعا بحيث أصبح المشرع يشترط استثناءا إفراغ بعض العقود في قالب شكلي، وبدأ مجالها يتسع للكثير من الاعتبارات أهمها:

- إن الشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد فيكون على بينة من أمره، وفي هذا يقول الفقيه اهرنج:" الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"[1].

- كما تشجع الكتابة كذلك على الائتمان بأن تجنب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه أما الغير فإنه يجهل تماما التصرفات القانونية الشفافة وقد يتضرر من ذلك ومن ثم فإن الشكلية تمثل أفضل الوسائل لإعلامه[2].

- كما الشكلية أيضا من شأنها أن تحقق ايرادات لخزينة الدولة عن طريق مختلف الضرائب والرسوم المفروضة على التصرفات القانونية من مصاريف تسجيل ومصاريف الشهر، كما تمكن الدولة أيضا من ممارسة دورها الرقابي، بتشجيع بعض التصرفات القانونية، ومنعها للبعض الآخر في إطار السياسة

[1]- محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص 31.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 302.

الوطنية التي تنتهجها.

هذا وتتنوع الشكلية بحسب غرضها وأهدافها إلى نوعين: الشكلية المباشرة المتصلة بتكوين العقد وتكون ركن من أركانه، وشكلية غير مباشرة كالرخص الإدارية وإجراءات الشهر وغيرها.

المبحث الأول:

الشكلية المباشرة

كما سبق فإن الشكلية المباشرة هي التي تتصل مباشرة بتكوين العقد فتكون ركنا فيه، وهي الشكلية إما ان تكون كتابة وهي التي سنفصلها فيما سيأتي، وإما أن تكون تسليم الشيئ محل العقد مثلما سبق بيانه عند الحديث عن العقد العيني.

المطلب الأول : تعريف الكتابة

لم يكن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون رقم 10/05، يعرف الكتابة كونها لم تكن تطرح أي إشكال قانوني، غير أنه ومع التطور الذي حصل في تقنيات التعامل خصوصا عبر شبكة الانترنت تدخل المشرع الجزائري واستحدث نصا جديدا عّرف من خلاله الكتابة، ليتضح جليا أن هناك فرق بين العقد والورقة، فالعقد هو ماتم الاتفاق عليه أي مضمون الورقة، أما الورقة فهي الكتابة التي تتضمن العقد، وقد أخلط المشرع بين هذين المفهومين في نصوص القانون المدني في نسختها المحررة بالغة العربية إذ تمت ترجمة مصطلحي acte و contrat بمصطلح العقد[1].

وقد عرف المشرع الجزائري الكتابة في المادة 323 مكرر قانون مدني كما يلي:" **ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها**". فمن خلال هذا التعريف قد وسع المشرع من مفهوم الكتابة فلم يعد يقتصر على الكتابة التي كانت معروفة ومتداولة سابقا والتي تتشكل من تسلسل حروف وتكون على دعامة ورقية وترسل عادة بالبريد، بل أصبح مفهوم الكتابة يشمل كل تسلسل لأوصاف أو أرقام أو حتى رموز، ولو كانت على دعامتها وسيلة الكترونية ويتم إرسالها بطريق الكتروني.

المطلب الثاني: صور الكتابة

الغالب في الكتابة التي تتصل مباشرة بتكوين العقد وتكون ركنا فيه أنها هي الكتابة الرسمية، لكن قد يكتفي المشرع احيانا بالكتابة العرفية ويجعلها ركنا للانعقاد.

---

[1]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 108.

الفرع الأول: الكتابة الرسمية

أولا: مفهوم العقد الرسمي

عرّف المشرع الجزائري العقد الرسمي من خلال المادة 324 قانون مدني كما يلي:" **عقد يثبت فيه موظف، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ماتم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه**".

يتضح من النص أنه يشترط في العقد حتى يكون رسميا ثلاث شروط وهي:

1- الشرط الأول يتعلق بالشخص محرر العقد: فيجب أن يكون إما:

* موظف (كل الأعوان المرسمين في وظيفة عمومية بغض النظر عن سلك انتمائهم)،

*أو ضابط عمومي (وهو الشخص المخول قانونا بسلطة تصديق واعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كضابط الحالة المدنية أو الموثق) ،

*أو شخص مكلف بخدمة عامة (وهو الخواص المكلفون بتسيير بعض المرافق العمومية كالمحضر القضائي).

2- الشرط الثاني يتعلق بالاختصاص: فيجب لصحة العقد الرسمي أن يتقيد محرر العقد بحدود سلطته والاختصاص الذي منحه له القانون(فمثلا ضبط الحالة المدنية يتحدد اختصاصه في ابرام عقود الزواج بشرط إقامة أحد طرفيه بإقليم البلدية).

3- الشرط الثالث: يتعلق بالأشكال القانونية الواجب إتباعها: تضمن القانون رقم 02/06 المنظم لمهنة التوثيق، مجموعة من الأشكال القانونية التي يجب احترامها عند تحرير العقد الرسمي، ومن ذلك مانصت عليه المادة 26 منه:" تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار او بياض او نقص...وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام..."، وكذلك مانصت عليه المادة 29 منه:" ...يجب ان يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الآتية: إسم ولقب الموثق ومقر مكتبه، اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الاطراف وجنسيتهم...".

ثانيا: العقود التي تشترط فيها الرسمية كركن للانعقاد

تنص المادة 324 مكرر 01 قانون مدني على أنه:" **زيادة على العقود التي يامر القانون بافراغها في شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان افراغ العقود التي:**

- تتضمن نقل ملكية عقار او حقوق عقارية، أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها.

- تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها،

-عقود إيجار زراعية او تجارية او عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية.

*إن العقود المكورة في النص اعلاه، اوردها المشرع على سبيل المثال، وهناك الكثير من العقود الرسمية التي تضمنتها إما نصوص القانون المدني ، او بعض التشريعات الخاصة ومن ذلك :

- عقد الرهن الذي لاينعقد إلا بعقد رسمي، طبقا لنص المادة 883 قانون مدني.
- عقد الشركة طبقا لنص المادة 79 من القانون التجاري.
- عقد البيع على التصاميم طبقا للقانون رقم 04/11.
- عقد الوقف طلفا للقانون 10/91. ....الخ.

الفرع الثاني: الكتابة العرفية

أولا: مفهوم العقد العرفي

تنص المادة 327 قانون مدني بعد تعديلها على أنه:" **يعتبر العقد العرفي صادرا ممن حرره أو وقعه أو وضع عليه أصبعه مالم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفو يمينا بأنهم لايعلمون بأن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقو منه هذا الحق، ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه** ".

يتضح من النص أن المشرع الجزائري بعد تعديل نص المادة 327 أصبح يشترط في العقد العرفي إما تحريره من قبل المتعاقدين أو التوقيع عليه أو وضع البصمة عليه، وهذا على خلاف ماكان الوضع عليه قبل التعديل بحيث كان المشرع يشترط ضرورة التحرير والإمضاء معا.

فالمشرع بعد التعديل قد ساوى بين الكتابة بخط اليد والإمضاء على العقد، بالرغم من أن التوقيع هو أساس صحة العقد العرفي، فلا تكفي الكتابة بخط اليد فقط مالم يكن العقد موقعا من طرفيه[1].

ومن العقود التي اشترط المشرع فيها الكتابة للانعقاد، عقد الإيجار بحيث نصت المادة 467 مكرر التي استحدثها المشرع بموجب القانون رقم 02/07 المعدل والمتمم للقانون المدني على أنه:" **ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا**". يتضح من النص أن المشرع لم يشترط

[1]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 108-109.

الكتابة الرسمية، فينصرف لفظ الكتابة إلى الكتابة بنوعيها الرسمية والعرفية، ومايؤكد ذلك اشتراط المشرع أن يكون للعقد تاريخ ثابت وهذا ينصرف إلى العقد العرفي وليس إلى العقد الرسمي.

ثانيا: التاريخ الثابت للعقد العرفي

طبقا لنص المادة 328 قانون مدني فإنه: **يحدد تاريخ العقد العرفي بين المتعاقدين من يوم إبرامه، أما بالنسبة للغير فلا يحتج به على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون ذلك ابتداءا:**

- من يوم تسجيله،
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم تأشير عليه على يد ضابط عام مختص،
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء

المبحث الثاني:

الشكلية غير المباشرة

هذه الشكلية لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر على صحته ولكن قد تحد من فاعليته ونفاذه وتتعلق هذه الإجراءات بقواعد الإثبات، الإشهار،بعض الإجراءات الإدارية والجبائية[1]، وسنقتصر الحديث هنا على قواعد الشهر العقاري فقط.

أولا: المقصود بالشهر العقاري

تنص المادة 793 قانون مدني على أنه:" **لاتنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار**".

كما تنص المادة 15 من الأمر رقم 75/74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: " **كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لاوجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية**".

إن الغرض من الشهر العقاري هو تحديد الوضعية القانونية للعقارات وتبيان تداول الحقوق العينية، وهذا بغرض إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار، ولهذا الغرض فإن المشرع

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 319.

الجزائري ومن خلال الأمر رقم 75/74 في المادة 14 منه أوجب ضرورة إشهار جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية.

يتضح مما سبق أنه بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية أو لحقوق عينية عقارية، يشترط فيها إضافة إلى إفراغها في الشكل الرسمي، ضرورة إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية الممسوكة على مستوى المحافظة العقارية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

ثانيا: جزاء تخلف إجراءات الشهر العقاري

سبق القول بأن الكتابة الرسمية في العقود الناقلة للملكية العقارية تعتبر ركنا، ويترتب عن تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا[1]، أما تخلف إجراء الشهر العقاري فلا يجعل العقد باطلا، فالعقود الرسمية غير المشهرة تعتبر صحيحة بين المتعاقدين غير أنه **لاتنتقل الملكية،**

فجزاء تخلف الشهر هو **عدم انتقال الملكية**، ومن ثم لايكون العقد نافذا في مواجهة الغير.

الفصل السابع: نظرية البطلان

انتهينا مما سبق أن لابد لانعقاد العقد صحيحا، استيفاء الأركان من تراضي ومحل وسبب وشكلية في بعض العقود من جهة، وشروط صحته بأن يكون صادرا عن شخص يتمتع بالأهلية الكاملة مع خلوها من العيوب من جهة أخرى.

وقد رتب المشرع على كل عقد تخلف فيه ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته جزاءا يتمثل في البطلان، الذي سنتولى بيان مفهومه، وانواعه، وكيفية تقريره، ثم الآثار المترتبة عنه فيما يلي:

المبحث الأول: مفهوم البطلان

تجب الإشارة بداية إلى أن المشرع الجزائري وبموجب القانون رقم 05/10 المعدل والمتمم لقانون المدني استحدث عنوانا جديدا وهو: **القسم الثاني مكرر: إبطال العقد وبطلانه**، بعدما كان يستعمل سابقا

---

[1]- وجبت الإشارة هنا إلى أن قضاء المحكمة العليا كان متذبذبا بخصوص الجزاء المترتب عن تخلف الرسمية في العقود التي إشترطها فيها المشرع، حيث كانت هناك بعض الاحتهادات تقضي بصحة العقد العرفي وتصرف الأطراف إلى إتمام إجراءات البيع أمام الموثق، غير أن المحكمة العليا وبموجب القرار الصادر **عن الغرفة المجتمعة بتاريخ 1997/02/18** تدخلت ووضعت حد لهذا الاختلاف بحيث جاء في هذا القرار:" ...حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا... "، ولم تكتف المحكمة العليا في هذا القرار بالقول ببطلان العقد بل أكدت أنه لا يمكن تصحيح العقد الباطل. للمزيد حول التعليق على هذا القرار، ينظر: علي فيلالي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانون والاقتصادية والسياسية، العدد 03، سنة 1997، ص 715.

لفظ **بطلان العقد** في النقطة الثالثة من القسم الثاني المتعلق بشروط العقد، ويقتضي تحديد مفهوم البطلان بدقة تمييزه عن بعض النظم المشابهة له، ثم بيان أنواعه.

المطلب الأول: تمييز البطلان عن ما يشابهه

الفرع الأول :البطلان والفسخ

البطلان هو جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، أما الفسخ فهو جزاء عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، ويترتب على كل من البطلان والفسخ انعدام الرابطة القانونية بين المتعاقدين وزوال كل آثار العقد، وهذا وجه الشبه بينهما، أم الاختلاف فيكون في سبب زوال العقد، فتزول آثار العقد بسبب البطلان لأنه لم ينعقد صحيحا ولم يستوف كل شروطه أو أركانه. أما في الفسخ فالعقد ينشأ صحيحا مستوفيا كل شروطه وأركانه، إلا أنه لم ينفذ بسبب المتعاقد أو لسبب آخر[1].

الفرع الثاني :البطلان وعدم النفاذ

العقد الباطل– مثله مثل العقد غير النافذ لا يسري في حق الغير، ولا يمكن الاحتجاج به لدى الغير، ولهؤلاء أن يتجاهلوه، والسبب في عدم نفاذ العقد هو الإخلال بإجراءات الشهر مثلا،

ويتميز البطلان عن عدم النفاذ كون العقد الباطل منعدم الوجود قانونا بالنسبة للمتعاقدين نفسيهما وبالنسبة للغير كذلك، أما في حالة عدم نفاذ العقد فهو موجود قانونا بين المتعاقدين، ومنعدم بالنسبة للغير[2].

المطلب الثاني :أنواع البطلان

تعددت التقسيمات الفقهية للبطلان، بين من يرى بالتقسيم الثلاثي[3]: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي. وبين من يرى بأن البطلان نوع واحد، بحيث يرى الاستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه:" لاتوجد ثلاث أحوال للعقد، الصحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي، بل توجد حالتان: الصحة

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات ، المرجع السابق، ص 329-330.

[2]- المرجع نفسه، ص 330-331.

[3]- حسب هذا الرأي الفقهي يكون العقد **منعدما** إذا تخلف ركن من أركانه، كأن يتخلف ركن الشكلية في العقود، أو ينعدم المحل أو السبب، فالعقد في مثل هذه الحالات لم يستوف أركانه، الأمر الذي يمنع انعقاده. بينما يكون العقد **باطلا بطلانا مطلقا** إذا استوفى كل أركانه وتخلف شرط المشروعية، كأن يكون المحل أو السبب غير مشروع، ويكون العقد **قابلا للابطال**، أي باطلا بطلانا نسبيا، إذا كان رضاء المتعاقدين مشوبا بعيب من عيوب الرضا. و يعاب على هذا التقسيم الثلاثي عدم جدية التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق، لأنه في الحالتين، لا وجود للعقد قانونا، وبالتالي فهما متساويان في الانعدام.

والبطلان المطلق، أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو يمر على هاتين الحالتين"[1].

على أن التقسيم الذي رجحته مختلف التشريعات المقارنة ومنها التشريع الجزائري، هو التقسيم الثنائي الذي يجعل البطلان نوعين: بطلان مطلق وبطلان نسبي، وهذا ما يتضح من الأحكام الواردة في المواد 99 إلى 105 قانون مدني وسنتولى بيان هذين المفهومين فيما يلي:

البطلان المطلق (العقد الباطل)	البطلان النسبي(العقد القابل للإبطال)
1-هو جزاء انعدام أحد أركان العقد أو اختلاله (كانعدام الأهلية، وانعدام التراضي، أو المحل أو السبب أو الشكل في بعض العقود).	**1-** هو جزاء تخلف أحد شروط صحة العقد (كنقص الأهلية أو وقوع في غلط، أو تدليس، أو إكراه، أو استغلال).
2- يتعلق بالمصلحة العامة ومن ثم:	**2-** يتعلق بالمصلحة الخاصة للمتعاقد ومن ثم:
- يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به (م/102 ق م)	**-** لايتمسك به إلا من تقرر الإبطال لمصلحته (م/ 99)
- يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها	**-** لايجوز إلا بناء على طلب المتعاقد
- لاتلحقه الإجازة ولايسقط بالتقادم	- تلحقه الإجازة ويسقدم بالتقادم.

****معيار التفرقة**

كان التمييز يقوم– تقليديا -على طبيعة الشرط المخل به فهناك شروط لوجود العقد، وشروط لصحته، فإذا أخل بشرط من شروط الوجود يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، وأما إذا أخل بشرط من شروط الصحة، وألحق المحل والسبب بشروط الوجود. ولقد تعرض هذا التصنيف للنقد، وأصبح المعيار المعمول به حاليا عو معيار المصلحة، فالمصلحة العامة هي أساس البطلان المطلق، والمصلحة الخاصة هي أساس البطلان النسبي.

المبحث الثاني:

تقرير البطلان

يتقرر البطلان بنوعيه إما عن طريق دعوى رئيسية يرفعها من له الحق في ذلك، أو عن طريق دفع بالبطلان أو الإبطال.

المطلب الأول: تقرير البطلان أو الابطال عن طريق دعوى رئيسية

يتقرر البطلان عن طريق الدعوى الرئيسية التي ترفع أمام المحكمة:

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 491.

** فبالنسبة **للبطلان المطلق**: تسمح المادة 102 ق م لكل ذي مصلحةالحق في أن يتمسك بالبطلان، و لا يقتصر هذا الحق على المتعاقدين أو من يقوم مقامهما، بل أيضا للخلف الخاص والدا ئنين والغير، بشرط أن يكون لهؤلاء مصلحة مشروعة في بطلان العقد ، كما يجوز أيضا للمحكمة أن تقضيبه من تلقاء نفسها.

أما **البطلان النسبي: فإنه وطبقا لنص المادة 99 ق م" : إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". فإذا كنا بصدد تدليس أو غلط أو إكراه، فحق التمسك بإبطال العقد هو للمدلس عليه، أو لمن وقع في الغلط، أو للمكره فقط.، كما يمكن ان يتمسك بهذا الحق ايضا من يقوم مقام المتعاقد، **كالخلف العام** لأنه يمارس حق السلف الذي تلقاء ضمن التركة، **والخلف الخاص** الذي يستطيع التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 189 قانون مدني، كما يحق أيضا **للدائن العادي**، أن يتمسك بحق إبطال العقد عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا لنص المادة 189 ق م" **: لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز**".

المطلب الثاني: تقرير البطلان أو الابطال عن طريق الدفع

إذ لم يبادر المتعاقد صاحب الحق بالطعن في العقد بالبطلان أو الإبطال، وادعى المتعاقد معه صحة العقد وطالبه قضائيا بتنفيذه، فهنا لهذا المتعاقد الآخر أن يكتفي بالدفع بالبطلان أو إبطال العقد، وإذا تبين للقاضي أن العقد باطل أو قابل للإبطال فإنه سيقضي بذلك ويرفض دعوى المدعي.

المبحث الثالث :

انقضاء حق البطلان

المطلب الأول :انقضاء حق الإبطال

ينقضي الحق في إبطال العقد إما عن طريق الإجازة، أو بسقوط هذا الحق عن طريق التقادم.

الفرع الأول: الإجازة

1-تعريفها: الإجازة تصرف قانوني من جانب واحد يتنازل بمقتضاه المجيز عن حقه في إبطال العقد، فهي تزيل عن العقد الخطر الذي كان يتهدده بالإبطال فيستمر صحيحا.

والإجازة نوعان: صريحة وضمنية، فالصريحة تكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، أما الضمنية فتكون بقيام المتعاقد بأمر تنصرف معه إرادته الى التنازل عن الحق في الابطال، كأن يقوم

بتنفيذ التزامه مع علمه بهذا الحق[1].

2-شروطها: تقتضي الإجازة توفر ثلاثة شروط:

- أن يكون العقد قابلا للإبطال، فلا إجازة في العقد الباطل بطلانا مطلقا.

- أن يكون المتعاقد عالما بحقه في الإبطال، فإذا نفذ التزامه دون أن يكون عالما بالعيب، فلايمكن اعتبار تنفيذه هذا إجازة ضمنية.

-لايمكن اجازة العقد إلا بعد زوال العيب الذي يعرضه للابطال، فإذا كان المتعاقد ناقص أهلية فلا تصح اجازته حتى يزول نقص أهليته، كما يمكن لوليه ممارسة هذا الحق.

3-آثار الإجازة:

يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال الحق في التمسك بإبطال العقد، فيستقر العقد ويستمر صحيحا غير مهدد بالزوال مرتبا لجميع آثاره.

الفرع الثاني: التقادم

تنص المادة 101 قانون مدني بعد تعديلها سنة 2005 على أنه:" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات، ....غير أنه لايجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد".

يتضح من النص أن المشرع الجزائري قد حدد مدة التقادم بـ 05 سنوات، بعدما كانت 10سنوات قبل التعديل، ويبدأ حتسابها كما يلي:

- في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب.
- في حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكتشف فيه
- في حالة الإكراه من يوم انقطاعه.

وقد قيد المشرع أجل 05 سنوات بشرط وهو عدم تجاوز مدة عشرة سنوات من يوم إبرام العقد.

ملاحظة: يترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه، بحيث يسقط الحق والدعوى معا، فلا يمكن ممارسة هذا الحق لا عن طريق دعوى رئيسية ولا حتى عن طريق الدفع بالإبطال.

المطلب الثاني: سقوط دعوى البطلان

سبق القول أن العقد الباطل بطلانا ملطقا هو عقد منعدم، لاتلحقه الإجازة، ولايمكن أن يتحول

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 346.

إلى عقد صحيح مهما مر من الزمن، ولذلك فالحق في البطلان لايسقط بالتقادم،

فالمشرع الجزائري في نص المادة 102 قانون مدني فقرة 02 نص على أنه:" **وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد** ". فدعوى البطلان هي التي تسقط بالتقادم، بينما الدفع بالبطلان لايتقادم، وهذا مانلمسه في دقة المادة 100 التي تشير إلى "**زوال الإبطال**"، بينما المادة 102 تشير إلى سقوط "**دعوى البطلان**". فإذا مضى على إبرام العقد خمس عشرة سنة لا يمكن التمسك بدعوى البطلان بسبب سقوطها بالتقادم، ولكن هذا لا يعني أن العقد باطل ينقلب صحيحا، بل يبقى لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدفع به عوض الدعوى الرئيسية[1].

المبحث الرابع :آثار تقرير البطلان

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله على ماسبق تفصيله، فإن لا يكون له وجود قانوني، ولا يرتب أي أثر، سواء فيما بين المتعاقدين، أو في مواجهة الغير، غير أنه قد تكون له في بعض الأحيان آثار عرضية.

المطلب الأول: أثر البطلان فيما بين المتعاقدين

إذا تقرر بطلان العقد أو إبطاله فإنه يزول كليا، حيث ينعدم تماما، ويصبح كأنه لم يكن ولم يوجد أصلا، فالواجبات التي رتبها العقد أو كان سيرتبها تزول عن آخرها، ويعاد المتعاقدان إلى حالتهما الأصلية، وهذا مانصت عليه المادة 103 قانون مدني**:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل...".**

فإذا تقرر بطلان العقد او إبطاله، يعاد المتعادقين إلى حالتهما الأصلية، ويكون ذلك عن طريق الإسترداد بأن يتسرد كل منهما ما أداه عينا مادام ذلك ممكنا، فإن كان ذلك مستحيلا فيتم الاسترداد بمقابل كما في حالة هلاك الشيء وذلك عن طريق التعويض.

والأصل أن يكون الاسترداد كليا، أي يسترد المتعاقد كل ما أداه، غير أنه قد يحوم أحد المتعاقدين أو كلاهما من الاسترداد، إما حرمانا جزئيا أو حرمانا كليا، وفق ماسيتم بيانه:

1- الحرمان الجزئي من الاسترداد:

نصت المادة 103 قانون مدني على انه:"...**غير أنه لايلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ماعاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد**...". ومعنى ذلك أن ناقص الاهلية يرد فقط ما يكون قد تبقى في يده، وما انفقه وعاد عليه بمنفعة او فائدة كأن يكون قد سدد دينا عليه، او شراء أشياء

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 353-354.

مفيدة، اما ما انفقه ولم يعد عليه بفائدة، فلا يلزم برده، والحكمة من ذلك حماية ناقص الأهلية، بتوقيع هذا الجزاء على من يتعاقد معه.

2- الحرمان الكلي من الاسترداد (حرمان الملوث)

تنص المادة 103 فقرة 03 قانون مدني على أنه:" **يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما بها**"، ماتجب ملاحظته بداية أن المشرع الجزائري لم يكن يأخذ بهذا الحكم قبل تعديل سنة 2005، ويجد هذا النص أساسه في قاعدة رومانية شهيرة :" ليس للغاش أن يستفيد من غشه"، وقاعدة أخرى تقضي بأنه: "إذا تساوى الطرفان في الغش فلا مجال للاسترداد". ولم ينص القانون الفرنسي على هذه القاعدة ضمن مواده، غير أنه لم يتجاهلها وعمل بها في مجال الآداب العامة فقط، وكان القضاء الجزائري قبل تعديل 2005 يسلك مسلك القضاء الفرنسي، إذ لايحرم المتعاقد الملوث من الاسترداد ما لم يتعلق الأمر بالآداب[1].

المطلب الثاني: أثر البطلان بالنسبة للغير

لا يقتصر أثر تقرير البطلان أو الإبطال على المتعاقدين فقط بل يمتد كذلك إلى الغير، ويقصد بالغير هنا كل من اكتسب حقا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه[2]، أو هو من تتأثر حقوقه بصحة أو بطلان العقد و لم يكن طرفا فيه[3].

فالأصل أنه إذا بطل العقد تزول جميع آثاره بأثر رجعي، بما فيها العقود اللاحقة له، كما إذا تصرف المشتري في العين التي اشتراها لشخص آخر، فغذا بطل عقدالبيع الأول، فيبطل معه عقد البيع الثاني، غير ان هذه القاعدة ترد على بعض الاستثناءات التي تهدف إلى حماية الغير حسن النية والحفاظ على استقرار المعاملات ومنها:

*مانصت عليه المادة 885 قانون مدني:" **يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته....إذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن.**"

---

[1]- ففي قرار للمجلس الاعلى بتاريخ 1983/02/16 قضى بأن:" ...يرجع الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها قبل ابرام العقد، وهذا معناه ان يسترد البائع الشيء المبيع والمشتري الثمن، ولما قضى مجلس مستغانم على الطاعن برد الشاحنة فإنه يكون قد التزم صحيح القانون". فرغم ان المتعاقد كان يعلم أن التعامل في السيرة محل البيع محظور قانونا، ومع ذلك لم يحرم المشتري من الاسترداد. علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 362.

[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 658.

[3]- علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 362.

*إذا حكم ببطلان الشركة التجارية لعدم توفر الشكل الرسمي، أو لعدم شهرها وفقا لقواعده، او لأن أحد الشركاء ناقص الأهلية، فإنها تعتبر في نظر القانون الجزائري شركة باطلة في المستقبل فقط، أما في المرحلة السابقة على الحكم ببطلانها فإنها تعتبر شركة واقعية، وتظل التصرفات التي أبرمتها قبل الحكم ببطلانها قائمة وصحيحة، حماية للغير الذي اطمئن لهذه الشركة خلال هذه الفترة[1].

المطلب الثالث: الآثار العرضية للعقد الباطل

بالإضافة إلى الآثار الأصلية التي تترتب على جميع العقود التي يتقرر بطلانها أو إبطالها، فهناك بعض الآثار تترتب بصفة عرضية وفي حالات خاصة، تستدعي مراعاتها وعدم إهمالها لخطورتها، كما ان المشرع يحاول دائما المحافظة على العقد ما أمكن حفاظا على استقرار المعاملات، لذلك يسمح القانون أحيانا بتحويل العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح، كما يسمح أيضا بانقاص الشق الباطل في العقد.

الفرع الأول: ترتيب العقدالباطل لبعض الآثار باعتباره واقعة قانونية

أحيانا قد يستحيل إزالة بعض الآثار التي رتبها العقد الباطل، كما يستحيل تجاهلها أيضا نظرا لخطورتها على الأطراف وعلى المجتمع من جهة، ولا يمكن إلحاقها بالعقد لأنه منعدم الوجود بعد تقرير بطلانه أو إبطاله من جهة أخرى.

فهنا تلحق هذه الآثار بالعقد كونه واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا، كما تعتبر هذه الآثار عرضية، لأن مصدرها القانون وليس إرادة المتعاقدين، فتنسب هذه الآثار للقانون وليس للعقد، ومن الأمثلة التقليدية يذكر الفقهاء –عادة -الزواج الباطل، فإذا تم الدخول بالزوجة، وجبت العدة، ويثبت النسب رغم انعدام الزواج، وفي مثل هذا الوضع تلحق الآثار بالقانون وليس بالعقد لأنه منعدم ولا يترتب عليه أي أثر[2].

الفرع الثاني: إنقاص العقد

تنص المادة 104 قانون مدني على أنه:" **إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبّين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله**". إن المقصود بنظرية إنقاص العقد هو إنقاص شقه الباطل، وإبقاء العقد

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 661.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 364.

صحيحا بشقه الآخر، والهدف من الإنقاص هو ضمان الحفاظ على العقد ما أمكن وضمان استقرار المعاملات وحماية حقوق المتعاقدين،

حسب نص المادة 104 قانون مدني فإنه يشترط لانقاص العقد توفر ثلاثة شروط وهي:

-**1**- أن يكون العقد باطلاأو قابل للإبطال في شق منه فقط، ومثاله عقد البيع المبرم بين مستهلك ومتدخل يتضمن بند يقضي باسقاط ضمان المنتوج.

-**2**-أن يكون العقد قابلا للانقسام أو التجزئة؛ ومن العقود غير القابلة للتجزئة نذكر مثلا عقد الصلح حيث نصت المادة 466 قانون مدني:" الصلح لايتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله...".

-**3**-أن يكون الشق الباطل غير مؤثر، أي أن لايكون شرطا جوهريا ماكان العقد ليتم بدونه.

ومن أمثلة انقاص العقد التي نص عليها المشرع نذكر مايلي:

*المادة 39 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل والتي نصت على أنه:" وكل تنازل منه عن عطلته أو عن بعضها يعد باطلا وعيدم الأثر".

* المادة 454 قانون مدني والتي تقضي بأن القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر ويقع باطلا كل نص يخالف ذلك.

الفرع الثالث: تحويل العقد

تنص المادة 105 قانون مدني على أنه:" **إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبّين أن نية المتعاقدين كانت إلى إبرام هذا العقد**".

إن نظرية تحول العقد أخذها المشرع الجزائري من القانون الألماني وهي تهدف أيضا إلى إنقاذ العقد بغرض تحقيق استقرار المعاملات.

وحسب نص المادة 105 قانون مدني فإنه يشترط لتحول العقد توفر ثلاثة شروط وهي:

1-أن يكون العقد الأصلي باطلا أو قابل للإبطال بطلانا كليا وليس جزئيا، ومثاله ما نصت عليه المادة 300 من القانون التجاري التي تشترط في السفتجة أن تتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية، وأن تخلف أي بيان منها يجعل السفتجة باطلة[1].

[1]-ومن البيانات التي ذكرتها المادة 300 قانون تجاري: -تسمية سفتجة في متن السند نفسه باللغة المستعملة في تحريره، -أمر غير معلق على قيد أو شرط بدفع مبلغ معين، -إسم من يجب عليه الدفع...الخ.

2- أن يتضمن العقد الأصلي الباطل أركان عقد آخر صحيح، فمثلا السفتجة كما سبق إذا لم تتضمن تسمية سفتجة، تكون باطلة غير أنه يمكن إعتبارها سند دين عادي كونها تتضمن: التزام المدين، ومبلغ الدين، وميعاد الدفع، وإسم المستفيد[1].

3-أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى العقد الصحيح، وذلك بأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف وقت إبرام العقد الأصلي إلى ابرام العقد الأخر الصحيح، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة مستعينا بالظروف المحيطة بالمعاملة المعنية بالتحول للوصول إلى هذه النية[2].

***وبتوافر هذه الشروط الثلاث** يتم تحويل العقد الباطل، وهو العقد الأصلي، فيصبح هذا الأخير منعدم الوجود، ويعتبر كأنه لم يكن، بينما يرتب العقد الجديد وهو العقد الصحيح، كل آثاره.

الباب الثالث:

آثار العقد

تناول المشرع الجزائري آثار العقد في القسم الثالث في المواد 106 إلى المادة 118 قانون مدني، فإذا انعقد العقد مستوفيا لجميع أركانه وشروطه، كنا أمام عقد صحيح التزم كل متعاقد بتنفيذه، انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذا مايعبر عنه بالقوة الإلزامية للعقد، ولاتقتصر آثار العقد على أطرافه فقط، بل تمتد إلى من هو حكمهما كالخلف العام والخلف الخاص، وهذا مايسمى بنسبية آثار العقد.

المبحث الأول:

القوة الإلزامية للعقد

يقصد بالقوة الملزمة للعقد أنه بمجرد انعقاده صحيحا، وجب على أطرافه أن ينفذوه كما لو كان قانونا، و بالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين، أن ينفرد بنقضه أو تعديل بنوده، دون رضاء المتعاقد الآخر، فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، و تفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، أي أن العقد ملزم لأطرافه، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة فالعقد شريعة المتعاقدين، و من ثم تصبح واجبة التنفيذ و يمنع المساس بها نقضا أو تعديلا، كما يلتزم القاضي أيضا باحترام هذه القوة عند تأويل العقد

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 366.

[2]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 141.

أو تفسيره.

المطلب الأول: المقصود بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي أحد القواعد التي ترتبت عن تطبيق مبدأ سطان الإرادة في دائرة العقود، وقد صاغها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 106 قانون مدني:" **العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".**

يتضح من النص أن المشرع الجزائري قد منع كقاعدة عامة نقض أوتعديل العقد من طرف أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة دون موافقة المتعاقد الآخر، غير أنه واستثناء قد يجيز القانون هذا النقض أو التعديل في بعض الحالات الاستثنائية لاعتبارات متنوعة، وفي غير ذلك فإن أطراف العقد ملزمين بتنفيذه.

الفرع الأول:الأصل: عدم جواز نقض أو تعديل العقد

من خلال نص المادة 106 قانون مدني، شبه المشرع الجزائري العقد بالقانون في عبارة " العقد شريعة المتعاقدين"، وهذا التشبيه هو من ناحية الإلزامية، فكما أن القانون هو من وضع المشرع وله وحده دون غيره صلاحية نقض أو تعديل هذا القانون، فالأمر كذلك بالنسبة للعقد فهو من وضع المتعاقدين باتفاقهما، ومن ثم فلايجوز نقضه أوتعديله إلا بالاتفاق أيضا، ولايقتصر هذا المنع على المتعاقدين فحسب بل يسري أيضا في حق القاضي الذي يمنع عليه المساس بمضمون العقد إلا في الأحوال المنصوص عليها قانونا.

الفرع الثاني: الاستثناء: جواز نقض أو تعديل العقد برخصة من القانون:

قد يسمح القانون أحيانا لأحد المتعاقدين بنقض أو تعديل العقد دون رضا المتعاقد معه، وسنتولى بيان حالات نقض العقد، ثم الحالات التي يجوز فيها تعديله.

أولا: حالات نقض العقد

يقصد بنقض العقد تلك السلطة التي يمنحها القانون لأحد الأطراف في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، دون حاجة لموافقة الطرف الآخر ولا تدخل القاضي، ونظرا لخطورة هذه السلطة في إنهاء العقد، فإنها لاتكون إلا بنص في القانون، ويستند نقض العقد إلى بعض المبادئ القانونية وبعض الأسس التي تقوم عليها بعض العقود ، والتي يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ -نقض العقد تكريسا لمبدأ حظر الالتزامات المؤبدة: يقصد بحظر الالتزامات المؤبدة، عدم جواز إلزام

أحد أطراف العلاقة التعاقدية بالبقاء فيها إلى أجل

غير مسمى، فحرية الفرد تتنافى مع بقائه ملزما مدى الحياة، ويجد هذا المبدأ أساسه في الكثير من النصوص القانونية المنظمة للعقود الزمنية، التي تكون قابلة للانهاء من طرف واحد كلما كانت مدتها غير محددة ومن ذلك مانصت عليه:

- المادة 440 من القانون المدني:" تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة".

- المادة 546 قانون مدني:" فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية جاز للمعير أن يطلب انهاءها في أي وقت..".

- المادة 68 من القانون رقم 11/90 المتعلق بعلاقات العمل الفردية:" الاستقالة حق معترف به للعامل"، فيمكن للعامل الحق في انهاء عقد العمل بإرادته المنفردة.

ب- نقض العقد في حالة زوال الثقة في المتعاقد معه:

هناك بعض العقود تقوم أساسا على الاعتبار الشخصي وعنصر الثقة في المتعاقد معه، ومن ثم فإن بقاء العقد واستمراره مرهون ببقاء هذه الثقة، فإن زالت أو أصبحت محل تشكيك جاز للمتعاقد إنهاء العقد ونقضه بإرادته بالمنفردة، ومن أمثلة ذلك:

- عقد الوكالة حيث تنص المادة 587 قانون مدني على أنه:" يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك...".

جـ -نقض العقد حماية للطرف الضعيف في العقد:

يجوز نقض العقد أحيانا إذا كان استمراره من شأنه أن يهدد مصالح المتعاقد فيصبح غير متلائم مع قدراته المالية، أو يلحق به خسارة فادحة، ومن الحالات التي ذكرها المشرع:

- مانصت عليه المادة 469 مكرر 02 :" ...يجوز للورثة الذين كانوا يعيشون عادة معه منذ ستة أشهر إنهاء العقد إذا أصبحت تكاليفه باهضة بالنسبة إلى مواردهم أو أصبح الإيجار يزي عن حاجاتهم".

د -نقض العقد باتفاق المتعاقدين:

انطلاقا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه يجوز لكل طرف أن يشترط إمكانية إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كأن يتفقا في عقد إيجار محل تجاري على تحديد مدة الإيجار بثلاث سنوات قابلة للتجديد ما لم يرغب أحدهما في إنهاء العقد.

ملاحظة: إن المشرع الجزائري وإن كان قد منح لأحد المتعاقدين سلطة إنهاء العقد ونقضه بإرادته المنفردة في الحالات المذكورة أعلاه، إلا أنه ومنعا للتعسف في استعمال هذا الحق أو السلطة، أوجب على من يمارس هذا الحق **مراعاة مصلحة الطرف الآخر**، فمثلا :

-أوجب على الشريك الذي يرغب في الانسحاب من الشركة، أن يعلن سلفا أي مسبقا عن إرادته في الانسحاب قبل حصوله إلى جميع الشركاء، وأن لايكون صادرا عن غش أو في وقت غير لائق(المادة 440 قانون مدني).

- ما أوجبته الفقرة 03 من المادة 68 من القانون 11/90 من وجوب الإخطار أو الإشعار المسبق لرب العمل عند تقديم طلب الاستقالة، حتى لايفاجأ رب العمل، و يتدبر أمره في تعويض العامل المستقيل.

- ما أوجبته المادة 587 قانون مدني في الوكالة بأجر، من ضرورة تعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول.

ثانيا: حالات تعديل العقد – سلطة القاضي في تعديل العقد-

لا يقتصر المنع من التدخل في العقد لتعديله أو نقضه على المتعاقدين فحسب، بل يشمل حتى القاضي، ولو كانت شروطه أو مضمونه في نظره غير عادلة[1]. وهذا التوجه من قبل المشرع يعكس مدى تأثره بمبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد، ومع ذلك فقد أجاز المشرع للقاضي استثناء، التدخل في العقد لتعديله، حماية للطرف الضعيف، وإرجاعا للتوازن العقدي فيه. وتتمثل هذه الحالات الاستثنائية خصوصا في مايلي:

أ- سلطة القاضي في رفع الغبن و الاستغلال

إذا توافرت عناصر الاستغلال كان للطرف المغبون أن يطعن في العقد وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن وإزالة التفاوت. وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية، فإذا طلب المتعاقد المغبون إبطال العقد، فللقاضي في ضوء ملابسات العقد، أن يقضي

---

[1] - أكدت المحكمة العليا هذا التوجه في العديد من قراراتها ومنها القرار الذي جاء فيه:" لا يمكن للمقاول عند إبرام العقد بثمن جزافي طبقا لمخطط متفق عليه أن يطالب بأي زيادة في الثمن حتى ولو تمت تعديلات وإضافات في ذلك المخطط". المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم144112 ، بتاريخ 1997/06/18، المجلة القضائية، عدد 01، 1997، ص 21.

وجاء في قرار آخر:" حيث أنه لما كانت المادة 106 من القانون المدني تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين...ومن هنا كان على القضاة التقيد بالعقد المبرم بين طرفي النزاع والتأكد فيما إذا طرفيه التزما ببنوده من عدمها ...". المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 693316 ، بتاريخ 2012/01/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012، ص 197.

بالإبطال إذا رأى أنه أحسن وسيلة لرفع الغبن وإزالة التفاوت، وقد يكتفي بالتدخل لتعديل العقد وإنقاص التزامات المغبون وإبقاء العقد إذا تبين له أن إجراء الإنقاص كافي لرفعه وإعادة التوازن.

أما في حالة الغبن المادي، كما هو الحال في الغبن في بيع العقار، فإن القاضي يتدخل لتعديل العقد بغرض التقليل من التفاوت، فليزم المشتري بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل طبقا لنص المادة 358 قانون مدني.

ب- سلطة القاضي في منح المدين المعسر أجلا للوفاء – نظرية الميسرة-

إن المشرع الجزائري وخروجا عن القاعدة العامة التي تقضي بوجوب تنفيذ الالتزام في الأجل المتفق عليه. أجاز للقاضي استثناء التدخل لمنح أحد أطراف العقد الذي يكون في وضع اقتصادي صعب أجلا معقولا لتنفيذ التزامه. فنصت المادة 281 قانون مدني على أنه:" **يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام النهائي في ذمة المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة، وأن يوقفوا التنفيذ مع بقاء جميع الأمور على حالها...**".

جـ - سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

طبقا لنص المادة 110 قانون مدني، فإنه إذا كان العقد من عقود الإذعان، و تضمن شروطا تعسفية، فإنه يجوز للقاضي التدخل، وذلك بتعديل هذه الشروط، مع الإبقاء على العقد، من أجل تحقيق التوازن نوعا ما بين أداءات الطرف المذعن الضعيف، والطرف القوي، لأنه هذه الشروط قد تكون جوهرية في العقد، كالثمن في عقد البيع أو بدل الإيجار في عقد الإيجار، أو العمل المؤدى في عقد العمل، فلو انصب الشرط التعسفي على أحد هذه العناصر فلا يمكن للقاضي الإعفاء منه كلية، فيكون التعديل هو الوسيلة المناسبة[1].

ومثاله أن يقضي عقد توزيع الكهرباء وهو من عقود الإذعان، بحق الشركة في قطع التيار عن المستهلك في اليوم الموالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فلو طرح الأمر على القاضي، فسيجد أن هذا الشرط تعسفي ويستدعي تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوعين مثلا من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة.

---

[1]- بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1996، ص 46.

د -سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي- التعويض الاتفاقي-

يقصد بالشرط الجزائي أو مايسمى بالتعويض الاتفاقي، ذلك البند أو الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في عقدهما أو في اتفاق لاحق، لضمان احترام العقد وكفالة تنفيذه، بحيث أنه إذا أخل المتعاقد بالتزامه أدى مبلغا معينا للمتعاقد آخر، فهو تقدير اتفاقي للتعويض.

ونظرا لأن الشرط الاتفاقي قد يكون مبالغا فيه، فقد أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في إمكانية تخفيض هذا الشرط أو الإعفاء منه كلية وفق ماجاء في نص المادة **184 من القانون المدني** حيث نصت على أنه:" **لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء من، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه.**"

الفرع الثالث: إلزامية تنفيذ العقد

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنها كأصل عام، ما لم تطرأ حوادث استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا فيكون من حق القاضي التدخل لتعديل العقد.

أولا: **المقصود بإلزامية العقد:**

تنص المادة 107 قانون مدني على أنه:" **يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للعرف والقانون والعدالة بحسب طبيعة الالتزام**". فيجب أن نحدد بداية مضمون العقد، ثم نبين المقصود بحسن النية في التنفيذ.

أ **- مضمون العقد:**

طبقا للفقرة الثانية من المادة 107 قانون مدني فإن مضمون العقد يتمثل في المسائل الواردة فيه صراحة من حقوق وواجبات من جهة، وتلك التي لم ترد فيه إلا أنها تعد من مستلزماته من جهة أخرى. فالأصل أن العقد يكون محددا لمضمونه ونطاقه فيوضح على وجه الخصوص حدود الالتزامات التي يرتبها، لكن قد يغفل المتعاقدين أحيانا بعض التفاصيل سهوا أو لكونها أمرا مألوفا بين الناس فيكون العقد ناقصا، وهنا يجوز للقاضي إكماله طبقا لنص المادة 107 قانون مدني في ضوء القانون والعرف والعدالة.

1-تكميل العقد بنص في القانون: هناك الكثير من القواعد القانونية يكون غرضها تكميل إرادة المتعاقدين، ولذلك تسمى بالقواعد المكملة في العقود المسماة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 394 قانون مدني من أنه إذا لم يحدد المتعاقدان مكان وزمان تسليم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع. كما يمكن أيضا تكميل العقد بقواعد آمرة يلتزم المتعاقدين باحترامها وتنفيذها، ومن ذلك الأحكام الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش والتي تفرض مجموعة من الالتزامات على عاتق المتدخل أو المحترف، كالالتزام بالمطابقة[1]، والالتزام بالضمان[2]، والالتزام بالإعلام[3].

2-تكميل العقد بقواعد العرف: يجوز للقاضي أيضا ان يستكمل العقد وفق للعرف وما جرت به الأعراف المحلية في المسائل المدنية والتجارية لتكملة مضمون العقد،

3- تكميل العقد بقواعد العدالة: قد يلجأ القاضي إلى قواعد العدالة والانصاف لتكميل العقد، ويجد التخل اساسه في نص المادة الاولى من القانون المدني، ومن الأمثلة على الالتزام بالسلامة الذي رتبه القضاء الفرنسي على عاتق النقل انطلاقا من قواعد العدل.

ب- ضرورة تنفيذ العقد بحسن النية:

إن مبدأ حسن النية هو في أصله من المبادئ الأخلاقية التي نفذت إلى دائرة القانون فيما إطار حركة "أخلقة القانون"، فأصبح هذا المبدأ يلعب دورا أساسيا في ضبط العلاقة التعاقدية وضمان تحقيق كل طرف لمصلحته من العقد دون الاضرار بمصلحة الطرف الآخر، ويرى بعض الفقهاء[4] بأن مبدأ حسن النية يتجسد من خلال التزامين: الالتزام بالنزاهة، والالتزام بالتعاون .

1-الالتزام بالنزاهة: ويقصد به أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا.

---

[1]- طبقا لنص المادة 11 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه:" يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله".

[2]- طبقا لنص المادة 13 من القانون رقم 03/09 التي تنص على أنه:" يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون".

[3]- طبقا لنص المادة 17 من القانون رقم 03/09 التي تنص على أنه:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

[4]- علي فيلالي، الالتزامات ، المرجع السابق، ص 392.

2-الالتزام بالتعاون: ويقتضي هذا الالتزام التدخل الايجابي للمتعاقد في إشعار واطلاع المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد، فالعلاقة التعاقدية هي علاقة تعاون وليست علاقة مجابهو أو خصام وهذا مايقتضيه التكافل التعاقدي[1].

ثانيا: سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق إلى حده المعقول – نظرية الظروف الطارئة-

الأصل كما سبق أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه، إلا إذا كان العقد متراخيا في تنفيذه، وطرأت حوادث استثنائية عامة، جعلت تنفيذه مرهقا، فهنا واستثناء من القاعدة يجوز التدخل لرفع هذا الاختلال، ورد الالتزم المرهق إلى حده المعقول، وهو ما يعرف "بنظرية الظروف الطارئة".

أ- شروط تدخل القاضي لرد الالتزام لحده المعقول في نظرية الظروف الطارئة

تنص المادة 107 فقرة 03 قانون مدني على أنه:" **غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عامة وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".** يتضح من خلال هذه النص، أنه يجب على القاضي حتى يتدخل لرد الالتزام المرهق لحد المعقول، أن يتأكد من توفر ثلاثة شروط وهي:

1- أن يكون العقد متراخي التنفيذ: بالرغم من أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على هذا الشرط، إلا أن بعض الفقهاء يرون أنه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ما لم يكن العقد متراخيا في تنفيذه، أي أن يكون من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة زمنية معينة[2].

2- أن يطرأ حادث استثنائي عام غير متوقع: الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكون نادر الوقوع، فهو حادث لايقع في ظروف عادية، كالفيضان، والوباء والزلزال، والحرب. وفد توسع الفقهاء فيه ليشمل أنواعا أخرى لم تكن معروفة من قبل، كانتشار الإشعاع الذري وتلوث البيئة وانتشار الغازات السامة[3].

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 393-394.

[2]- بلحاج العربي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 796 وما بعدها.

[3]- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001، ص 68.

ويشترط في هذا الحادث الاستثنائي أن يكون عاما، أي أن يمس كافة الناس، أو على الأقل فئة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده، كإفلاسه أو إتلاف ممتلكاته. وهنا يجب التمييز بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، فهذه الأخيرة وإن كانت حادث استثنائي إلا أنها ليست عامة. ويعيب بعض الفقه على شرط العمومية أنه وسيلة لتضييق مجال نظرية الظروف الطارئة، فهو شرط لا أصل له في الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر المادي لهذه النظرية، فضلا عن أنه يتنافى مع الهدف من تشريع هذه النظرية وهو إعادة العدالة العقدية برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول[1].

كما يشترط في الحادث الاستثنائي أيضا أن يكون غير متوقع، ويكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه وقت إبرام العقد، ويترتب على ذلك أن يكون الحادث مما لا يستطاع دفعه أو تحاشيه، فإذا كان في وسع المدين أن يدرأه أو يتغلب عليه، فيتحمل حينئذ وزره[2].

3- أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا: يشترط في الحادث الاستثنائي العام المفاجئ أن يجعل تنفيذ التزام أحد المتعاقدين مرهقا، ومعنى ذلك أن يهدده بخسارة فادحة. فإذا أصبح التنفيذ مستحيلا نكون حينها أمام قوة قاهرة، وينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه طبقا لنص المادة 307 قانون مدني[3].

ب- كيفية تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق للحد المعقول

إن القاضي وهو بصدد رد الالتزام المرهق لحده المعقول، وجب عليه أن يراعي ظروف وملابسات الظرف الطارئ، وأن يأخذ مصلحة كلا الطرفين بعين الاعتبار، أي يقوم بعملية الموازنة لأجل رفع الإرهاق من جهة، مع المحافظة على توازن العقد من جهة أخرى.

وتتم إزالة الإرهاق إما بإنقاص التزامات الطرف المرهق، كأن يعمد القاضي إلى إنقاص الثمن، أو بزيادة التزامات الطرف الثاني[4]، كما قد يقوم القاضي بوقف التنفيذ لحين زوال الظرف الطارئ. ويرى جانب من الفقه إمكانية فسخ العقد إذا كان هو الوسيلة الوحيد لرفع الإرهاق[1].

---

[1] - شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة شلف، عدد 04، 2010، ص 51-52.

[2] - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص721-722.

[3] -تنص المادة 307 قانون مدني على أنه :" **ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته**".

[4] - جاء في أحد قرارات المحكمة العليا:" ... لما أقر قضاة الموضوع زيادة نسبة 10 % من السعر الإجمالي للسكن وفقا لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد، فإنه كان لابد على القضاة مراعاة إمكانية تعديل العقد طبقا للمادة 107 فقرة 03 ، وذلك في

المطلب الثاني : تفسير العقد

قد يكون تعبير المتعاقدين عن إرادتهما أحيانا غير دقيق فيصبح مدلول إتفاقهما غامضا، وقد يكون أحيانا محل شك، الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي لتحديد مدلول العقد عن طريق تفسيره تأويل، ونظرا لخطورة تدخل القاضي الذي قد يمس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وقدسية العقد، فإن المشرع قد حدد للقاضي مجموعة قواعد ينتهجها لتفسير العقد نصت عليها المادتين 111 و 112 قانون مدني نوجزها فيما يلي:

أ- العبارة الواضحة في العقد تمنع التأويل

نصت المادة 111 فقرة 01 قانون مدني على أنه:" **إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين...**".

ويرى الأستاذ **علي فيلالي** بحق، أن الوضوح الذي قصدته الفقرة هو وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده، وليس عبارة بالذات أو بند على حده، فقد يكون البند واضحا في ذاته ولكنه متناقض مع بند آخر. ومن ثم وجب النظر في العقد كوحدة متصلة بعضها ببعض ومتكاملة الأحكام[2]. وهذا بطبيعة الحال تماشيا مع النسق العام للقانون المدني، الذي لا يجيز التدخل في العقد إلا استثناء[3].

ب- العبارة الغامضة في العقد تستدعي التأويل

نصت المادة 111 فقرة 02 قانون مدني على أنه:" ...**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**".

فإذا كانت عبارة غامضة، بأن كانت مبهمة، أو تحمل أكثر من دلالة، أو هي واضحة في حد

حالة إذا تعلق الأمر بتنفيذ التزام ملقى على أحد أطراف العقد وأن يكون مهدد بخسارة فادحة نتيجة ارتفاع الأسعار". قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999، ص 95.

[1]- ينظر في تفصيل أكثر لسلطة القاضي في إزالة الإرهاق: بوكماش محمد، المرجع السابق، ص 259 وما بعدها.

[2]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 408.

[3]- وقد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ من خلال القرار الذي جاء فيه:" ولما كان عقد البيع معلق على شرط الحصول على رخصة التجزئة من السلطات الإدارية، فإن القضاة ملزمون بهذا الشرط الصريح، وليس لهم أن يفسروا إرادة الأطراف الصريحة، لاسيما عندما اعتبروا أن رفض الوالي للرخصة غير مبرر، إذ ليس لهم الحق في مراقبة القرارات الإدارية". ينظر: قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 1985/04/03، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989، ص 486.

ذاتها غير أنها متعارضة مع عبارات واضحة أخرى[1]، أو كان مضمون بعض العبارات يتناقض مع الأحكام الكلية للعقد، أو من خلال إغفال المتعاقدين لبعض التفاصيل[2]. فهنا يجوز للقاضي التدخل وتأويل العقد، ويكون ذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي لعبارات العقد، وعلى القاضي أن يستهدي في ذلك بطبيعة التعامل، والعرف الجاري في المعاملات.

جـ - تفسير الشك لصالح الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا

إن حالات الغموض في عبارات العقود وبنوده، تكون في الكثير من الأحيان مقصودة من الطرف القوي في العقد، لامتطائها كوسيلة احتيالية لتمرير وفرض بعض البنود التعسفية، وهنا نجد أن المشرع من خلال قواعد النظام العام الحمائي، قد وجّه القاضي نحو ضرورة تفسير الشك في العبارة الغامضة لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أم مدينا، وهو ما نصت عليه المادة 112 فقرة 02 قانون مدني:"...**غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن**".

ويعد هذا النص استثناء من القاعدة التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين المنصوص عليها في المادة 112 فقرة 01 قانون مدني:" **يؤول الشك في مصلحة المدين**". فالشك في عقود الإذعان يجب أن يكون دائما في مصلحة الطرف المذعن ولو كان هو الدائن، فإذا قام الشك مثلا فيما إذا كان الشرط الجزائي مستحقا في حالة تأخير تنفيذ الالتزام، أو حالة عدم التنفيذ فقط، فإن مصلحة

---

[1]- وهذا ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الذي جاء فيه: " وحيث انه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يظهر أن قضاة المجلس قاموا بتفسير العقد العرفي على ضوء ما جاء في المادة 111 من القانون المدني التي تجيز تأويل العقد إذا كان هناك محل للتأويل، وهذا هو الحال في هذه القضية ذلك أن العقد العرفي المؤرخ في 1989/10/05 يحتوي على غموض إذ نص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر وبنائه..." ، ينظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1997، ص 51.

[2]- وهذا ما أكده المجلس الأعلى في أحد قراراته الذي جاء فيه:" حيث أن أداء الرسم على استيراد السيارات إجباري في العلاقة بين البائع ومصلحة الجمارك، أما بالنسبة لطرفي البيع فالعبرة هي بما اتفق عليه الطرفان، وبما أن العقد لم يشر إلى الرسم فالأمر أصبح موكلا للقاضي الذي له سلطة تقديرية في تفسير العلاقة". ينظر: قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ 1983/04/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1990، ص 19.

- كما جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا:" حيث أن تسبيبهم هذا غير كاف ومنعدم الأساس القانوني ذلك أن قضاة الاستئناف تناسوا أنهم قضاة الموضوع بإمكانهم أن يفسروا عقد الإيجار الرابط بين الطرفين المتنازعين ويحددوا بدل الإيجار المتعلق بسوق المواشي ويقدروا بالتالي الضرر اللاحق بالطاعن إثر منح هذا السوق لمتعاقد آخر...وبما أن قضاة الموضوع تخلوا عن صلاحيتهم فإن القرار المنتقد يستحق النقض". ينظر: قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 208925 ، الصادر بتاريخ 2000/01/18، المجلة القضائية، عدد 01، 2000، ص 221.

الطرف المذعن تقتضي استحقاق الشرط الجزائي حالة عدم التنفيذ دون حالة التأخير[1].

ملاحظة: إن تأويل العقد يعتبر مسألة واقع، وهي تخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع ولا لرقابة للمحكمة العليا عليها، ما لم تحرف الوقائع أو تمس بتكييف العقد.

المبحث الثاني:

مبدأ نسبية العقد

إن آثار العقد من حقوق وواجبات لا تقتصر على العاقدين الأصلين فحسب، بل تتصرف إلى الخلف العام، وفي بعض الأحيان إلى الخلف الخاص وهذا مايسمى بنسبية آثار العقد، غير أن هذه النسبية لاتعني أن الغير يستطيع تجاهل وجود العقد أو الأوضاع القانونية التي أحدثها، فالعقد بالنسبة للغير هو واقعة مادية يحتج بها لمصلحته أو ضده، وهذا ما يعرف بـ" مبدأ نفاذ العقد. "

المطلب الأول : انصراف أثر العقد إلى العاقدين الأصلين

وبقصد بهما طرفا العقد اللذان أبرماه بإسمهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلا أو نائبا عنه، وهذا الوكيل أو النائب لا يعد طرفا في العقد بل هو أجنبي عنه، ومما ينشئه العقد من حقوق وواجبات تضاف إلى ذمة الأصيل، وهذا مانصت عليه المادة 74 قانون مدني:" إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

المطلب الثاني: انصراف أثر العقد إلى الخلف العام

تنص المادة 108 قانون مدني على أنه:" **ينصرف العقد إلى الخلف المتعاقدين والخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث**".

ويقصد بالخلف العام من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية[2]. والأصل أن آثار العقد تتصرف إلى الخلف العام إلا في بعض الأحوال الاستثنائية التي لاتسمح بانتقال هذا الأثر والتي نوجزها فيما يلي:

أ-عدم انصراف آثار العقد للخلف العام بنص في القانون: يمنع القانون في بعض الحالات انصراف

---

[1]- ينظر في هذا المثال وغيره: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 616.

[2]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 680. وكذا: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 430.

آثار العقد إلى الخلف العام، ونذكر من ذلك:

-مانصت عليه المادة439 قانون مدني:" **تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء".** فموت أحد الشركاء يؤدي إلى انقضاء عقد الشركة.

-مانصت عليه المادة 852 قانون مدني:" ينتهي حق الإنتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعّين أجل عد مقررا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال **بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين**..".

-مانصت عليه المادة 548 قانون مدني:" تنتهي العارية بموت أحد الطرفين مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".

ب-عدم انصراف آثار العقد للخلف العام بسبب طبيعة التعامل:

في بعض العقود التي يكون فيه شخص المتعاقد معه محل اعتبار شخصي، فإنها تنتهي بموت هذا الشخص ولاتنتقل إلى الخلف العام، ومثال ذلك:

-مانصت عليه المادة 613 قانون مدني بخصوص المرتب الدوري مدى الحياة، والذي يسقط بموته.

-وكذلك الحال في التعاقد مع فنان او محامي أو طبيب مختص، او مهندس معماري .....الخ.

جـ - عدم الزام الوارث بديون المورث مراعاة لقواعد الميراث:

ذكر المشرع في نص المادة 108 قانون مدني ضرورة مراعاة قواعد الميراث عند انتقال آثار العقد إلى الخلف العام، وعند الرجوع إلى هذه القواعد المنصوص عليها في قانون الأسرة والمأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية فإنه وطبقا لنص المادة 180 قانون أسرة لاتنتقل ديون المورث إلى ورثته بل تسدد من تركته بعد تصفيتها، فلا تركة إلا بعد سداد الديون، ومعنى هذا أن الورثة لايسألون في أموالهم الخاصة عن الديون والالتزامات التي ترتبت في ذمة المورث، بل تأخذ من التركة بعد تصفيتها وفق القاعدة "تدوم"، أي تسديد مصاريف التجهيز، ثم تسديد الديون، ثم تنفيذ الوصايا، وماتبقى يكون ميراثا يقسم بين الورثة كل حسب نصيبه الشرعي.

وهذا معناه أن الوارث يكتسب فقط الحقوق، أمام الديون فهي متعلقة بالتركة وتصفى منها، فإذا رفض الورثة التركة لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها[1]، ليكون بذلك مفهوم الخلف العام في القانون الجزائري هو من يخلف السلف في الحقوق فقط دون الالتزامات، عكس القانون الفرنسي الذي يقصد بالخف العام فيه من يخلف السلف في الحقوق والالتزامات.

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 686.

المطلب الثالث: انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

تنص المادة 109 قانون مدني على أنه: "**إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فغن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه**".

فالخلف الخاص هو من يخلف غيره في شيء معين انتقل إليه متى توافر الشرطين المذكورين في نص المادة 109 قانون مدني وهما:

أ- أن تكون الحقوق والواجبات التي رتبها العقد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص: فتنتقل هذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء لأنه لا يمكن فصلها عنه، ومثاله إذا كانت العين محل عقد البيع مرهونة، فإن الحقوق والالتزامات التي رتبها عقد الرهن تنتقل إلى المشتري بوصفه خلفا خاصا، لأنه لايمكن أن نفصل الرهن عن العين المرهونة.

ب-أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه، فإذا لم يكن عالما بها فلا تنتقل إليه.

المطلب الرابع: أثر العقد بالنسبة إلى الغير– نفاذ العقد-

تنص المادة 113 قانون مدني على أنه:" **لايرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا.**" وبعد بيان المقصود بالغير، نتولى بيان الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة.

الفرع الأول: مفهوم الغير

يقصد بالغير في مفهوم المادة 113 قانون مدني، كل شخص أجنبي عن العقد، فليس من المتعاقدين ولم يبرم العقد لا باسمه ولالحسابه، ولم يكن من الخلف العام ولا من الخلف الخاص، بحسب ماورد في المادتين 108 و 109 قانون مدني، مع ملاحظة أن الخلف العام، قد يعتبر من الغير إذا رفض التركة، كما أن الخلف الخاص قد يكون من الغير إذا لم يكن عالما بهذه الحقوق والالتزامات وقت انتقال الشيء إليه. كما أن الدائنين يصبحون من الغير أيضا في خصوص تصرفات المدين الضارة بهم، فلا تكون نافذة بالنسبة إليهم عند التنفيذ لاستيفاء حقوقهم.

الفرع الثاني: استثناءات انصراف آثار العقد إلى الغير

تتعلق هذه الاستثناءات بالتعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، والدعوى المباشرة.

أولا: التعهد عن الغير

نص عليه المشرع في نص المادة 114 قانون مدني:" **إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعهده، فإن رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ماالتزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لاينتج أثرا إلا من وقت صدوره مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه هذا التعهد**".

فيقصد بالتعهد عن الغير ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد الطرفين (وهو المتعهد) بأن يجعل شخصا آخر يلتزم بالتزام قبل الطرف الآخر للعقد. ويشترط فيه ما يلي:

1-أن يتعاقد المتعهد باسمه هو وليس باسم الغير الذي يتعهد عنه،

2-أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه، وليس إلى إلزام الغير الذي تعهد عنه،

3-أن يكون محل التزام المتعهد هو حمل الغير الذي تعهد عنه على قبول هذا التعهد، وهو التزام بتحقيق نتيجة[1].

فإذا توفرت هذه الشروط، وجب التمييز بين الحالات الآتية:

-إذا قبل الغير هذا التعهد، يصبح ملزما نحو الشخص الذي تعاقد معه المتعهد، وقبوله هذا لاينتج أثره إلا من وقت صدوره، مالم يتبين أنه قصد صراحة او ضمنا ان يستند أثر هذا القبول إلى وقت صدور التعهد.

- إذا رفض الغير هذا التعهد، يكون المتعهد مسؤولا نتيجة إخلاله بتنفيذ التزامه تجاه المتعاقد معه، ويمكن له هنا أن يتخلص من هذه المسؤولية بأن يقوم بنفسه بتنفيذ ماتعهد به إذا كان ذلك ممكنا، وإلا التزم بالتعويض.

ملاحظة: يلاحظ مما سبق أن التعهد عن الغير لايشكل حقيقة استثناء من قاعدة نسبية أثر العقد، بل هو تأكيد لها، ذلك أن الغير هنا لايكون ملزما بقبول هذا التعهد، فله مطلق الحرية في قبوله أو رفضه، وهذا ماجاء صراحة في نص المادة 113 :" لايرتب العقد التزاما في ذمة الغير".

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالاشتراط لمصلحة الغير تعاقد شخص باسمه، يسمى المشترط، مع آخر يسمى المتعهد، على

[1]-لحلو خيار غنيمة، المرجع السابق، ص 189.

تحقيق التزام لمصلحة شخص ثالث أجنبي عن العقد، يسمى المستفيد.

فقد نصت المادة 116 قانون مدني على أنه: **"يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية..".**

فالاشتراط لمصلحة الغير يشكل فعلا استثناءا على قاعدة نسبية العقد، فلا يقتصر أثر العقد على طرفيه فقط أو من يقوم مقامهما، بل ينصرف أثره إلى شخص أجنبي عنه، فيكتسب حقا من عقد لم يكن طرفا فيه أصلا.

أ-شروط الاشتراط لمصلحة الغير

إضافة إلى الشروط التي يجب اشتراطها في العقود عامة، من أهلية العاقدين، ورضاهما، ومشروعية السبب والمحل، فإنه يشترط في العقد المتضمن الاشتراط الشروط الآتية:

1-أن يتعاقد المشترط باسمه: و هذا الشرط نصت عليه صراحة المادة 116 قانون مدني حيث جاء فيها:" **يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه**"، فالمشترط غنما يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع، هذا الاخير الذي يظل أجنبيا عن العقد، وهنا يختلف الاشتراط عن النيابة في التعاقد، فالنائب يتعاقد باسم الأصيل الذي يكون طرفا في العقد وليس أجنبيا عنه.

2- أن تتجه إرادة المشترط إلى إشتراط حق مباشر للمنتفع: وهذا الشرط نصت عليه أيضا المادة 116 في فقرتها الثانية**:" و يترتب على الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد**"، و يعتبر هذا الشرط جوهر فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، بحيث يؤدي الاشتراط إلى نشوء حق مباشر للمنتفع رغم أنه لم يكن طرفا من أطراف العقد، فالمنتفع لايكسب هذا الحق من عقد بينه وبين المشترط، ولا بينه وبين المتعهد، وإنما يتلقاه من عقد الاشتراط مباشرة[1].

3- **أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط**: و هذا الشرط نصت عليه المادة 116 في فقرتها الأولى:" **إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية**"، فيجب أن يكون للعاقد مصلحة من هذا الاشتراط، ويستوي أن تكون هذه المصلحة مادية، أو أدبية. ويغلب في الاشتراط لمصلحة الغير، أن يكون الباعث عليه مصلحة أدبية للمشترط كما في عقود التأمين على الحياة، إذ يؤول بدل التأمين بوفاة المشترط إلى الغير الذي يمكن ألا تربطه بالمشترط غير صلة ود أو قرابة. كما يمكن أن تكون للمشترط مصلحة مادية، كما في التأمين الذي يعقده الناقل لضمان الأضرار التي

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 726.

تصيب الركاب، أو التأمين الذي يبرمه رب العمل لضمان الإصابات والحوادث التي تلحق بعماله.
ويشترط في المصلحة ممها كان نوعها ان تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.

ب- أحكام الاشتراط لمصلحة الغير

تتولد عن الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث علاقات نبين أحكامها كما يلي:

1-العلاقة بين المشترط والمتعهد: فهما طرفا العقد وتحكم علاقتهما النصوص المنظمة له، ويترتب على ذلك، أن تخلف أحدهما عن الوفاء بالتزاماته، يعطي الحق للمتعاقد الآخر في إلزامه بالتنفيذ العيني إن كان ذلك ممكنا، أو التعويض، او الفسخ مع التعويض.

2-**العلاقة بين المنتفع والمتعهد:** بمجرد إبرام عقد الاشتراط ينشأ عنه حق ذاتي للمنتفع، وهو حق فوري ومباشر لا يمر بذمة المشترط، وهو يخول المنتفع دعوى مباشرة يحق له بمقتضاها مطالبة المتعهد بالوفاء بالتزامه، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، وينتج عن ذلك مايلي:

-أن الحق المشروط للمنتفع، يدخل في ذمته المالية، ويقع في الضمان العام لدائنيه، وينتقل من بعده لورثته.

-ينشأ حق المنتفع، من يوم إبرام عقد الاشتراط وليس من وقت قبول المنتفع للاشتراط،

-إذا فقد المتعهد أهليته بعد العقد، ولو كان ذلك قبل إعلان المنتفع القبول بالاشتراط لمصلحته، فإن ذلك لا يؤثر في صحة المشارطة، ولا في قيام حق المنتفع، ولو لم يكن الأخير موجودا، أو معينا في ذلك الوقت مادام قابلا للتعيين أو ممكن الوجود في المستقبل (المادة 118 قانون مدني).

-يستطيع المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بجميع الدفوع الجائزة في عقد الاشتراط التي تنشأ عن العقد كالبطلان أو الفسخ[1].

3-العلاقة بين المنتفع والمشترط: في المشارطة لمصلحة الغير، وإلى أن يعلن بها المستفيد، يبقى للمشترط الحق بنقض المشارطة، وتعديلها، واستبدال شخص المستفيد بغيره، أو رد الانتفاع بها لنفسه، وينقضي حق المشترط بذلك، بمجرد إعلان المنتفع بالمشارطة، فإذا رفضها المنتفع رجع حق النقض والتعديل للمشترط.

4-جواز نقض الاشتراط: تنص المادة 117 قانون مدني على أنه: " **يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها**

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 733.

ما لم يكن ذلك مخالف لما يقتضيه العقد". يتضح من هذا النص أنه يجوز للمشترط أن يرجع عن اشتراطه لصالح الغير، وهذا الحق من الحقوق الشخصية التي تثبت للمشترط دون لدائنيه أو ورثته، فإذا مات المشترط قبل أن ينقضه لا ينتقل حق النقض إلى الورثة.

ويشترط لصحة رجوع المشترط عن اشتراطه أن يصدر هذا الرجوع قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط نفسه رغبته في الاستفادة من الاشتراط، و يجب أن يعلن المشترط المتعهد بنقضه للاشتراط حتى يمتنع المتعهد عن تنفيذ التزامه نحو المنتفع.

ولا يترتب على نقض المشارطة، براءة ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك. أما المستفيد فله رد المشارطة ورفضها، فينزل بذلك عن الحق الذي نشأ له بمقتضى العقد، غير أن حق المستفيد بالرفض، ليس حقا شخصيا خالصا له، بل يملك دائنوه الطعن في تصرفه متى كان صدوره إضرارا بمصالحهم، كما يملك ورثة المستفيد ذلك أيضا بعد وفاته.

ثالثا: الدعوى المباشرة

يقصد بالدعوى المباشرة تلك الدعوى التي يرفعها الدائن على مدين مدينه باسمه الشخصي ولحسابه الخاص، وهي بهذا تشكل خروجا صريحا عن مبدأ نسبية العقد، فبواسطتها يستطيع شخص أجنبي عن العقد ولم يكن طرف فيه أن يطالب أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزام الناشيء عنه بدل الوفاب به للمتعاقد الآخر[1].

***تطبيقات الدعوى المباشرة في القانون الجزائري:**

نظرا لخطورة واستثنائية الدعوى المباشرة التي تخول للدائن أن يرفع على مدين مدينه يستأثر فيها بالحق لنفسه، فإنها لا تكون إلا بنص في القانون، ومن الحالات التي ذكرها المشرع الجزائري:

-مانصت عليه المادة 565 قانون مدني المتعلقة بدعوى العمال والمقاولين من الباطن ضد رب العمل لمطالبته مباشرة بما لايتجاوز القدر الذي يكون به مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى.

-مانصت عليه المادة 580 قانون مدني بخصوص الدعوى بين الموكل ونائب الوكيل بأن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر، فعند وجود عقد الوكالة من الباطن بين الوكيل ونائبه، يستطيع نائب الوكيل الرجوع مباشرة على الموكل بجميع حقوق الوكيل.

-مانصت عليه المادة 507 قانون مدني من أن المستأجر الفرعي يكون ملتزما مباشرة تجاه المؤجر

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 739.

بالقدر الذي يكون بذمته للمستأجر الأصلي وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر.

الباب الرابع:

انحلال العقد

نظم المشرع الجزائري مسألة انحلال العقد في القسم الرابع بعنوان:" انحلال العقد"، في المواد من 119 إلى المادة 123 قانون مدني، عالج من خلالها الفسخ، والإنفساخ، والدفع بعدم التنفيذ .

المبحث الأول:

فسخ العقد

يعتبر فسخ العقد أحد أهم الطرق التي ينحل بها العقد في مرحلة تنفيذه، ولدراسة هذا النظام يجب بداية الوقوف على مفهومه، ثم بيان شروطه وكيفية تقريره، ثم الآثار التي تترت عليه.

المطلب الأول: مفهوم الفسخ

تنص المادة 119 قانون مدني على أنه:" **في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك...**".

فالفسخ هو الجزاء الذي يفرضه القانون في حال عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه، فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ، فهو حق لكل متعاقد في العقد الملزم للجانبين إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه أن يطلب حل الرابطة العقدية وإنهاءها مع إمكانية المطالبة بالتعويض.

وقد عرف الفقه الإسلامي نظام الفسخ في مجال العقود قبل القانون الروماني وقبل القانون الكنسي تحت مايسمى" **حل ارتباط العقد**"، وانتقلت هذه الفكرة إلى القانون المدني الفرنسي القديم، ومنه إلى قانون نابليون غير أن هذا الأخير جعل أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني، وهذا إنطلاقا من فهم خاطئ لكتابات الفقهاء، وقد صححت محكمة النقض الفرنسية هذا المفهوم الخاطئ في اجتهاداتها الحديثة حيث ذهبت إلى أنه:" تأبى قواعد العدالة وحسن النية أن يستمر أحد المتعاقدين مقيدا بعلاقة تعاقدية، لم يقدم المتعاقد الآخر مايقابلها"[1].

فالأساس الصحيح الذي يقوم عليه نظام الفسخ هو نظرية السبب، أو فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين، إذ أن سبب الالتزام في العقد الملزم للجانبين هو التزام

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 885.

الطرف الآخر، فإذا لم يقم أحدهما بتنفيذ التزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يتحلل من التزامه بطلب فسخ العقد[1].

المطلب الثاني: شروط الفسخ

يتضح من نص المادة 119 قانون مدني أنه يتشرط لطلب الفسخ توافر أربع شروط وهي:

أولا :أن يكون العقد ملزم للجانبين

أشارت لهذا الشرط المادة 119 قانون مدني بقولها**:" في العقود الملزمة لجانبين**"، ذلك أنه إذا كان العقد ملزم لجانب واحد فلا فائدة للدائن من فسخ العقد، بل– على العكس- تقتضي مصلحته إبقاء العقد والمطالبة بتنفيذه. وأما مصلحة الدائن في العقد الملزم للجانبين فقد تقتضي فسخ العقد، لأن الدائن في نفس الوقت مدين، وطالما بقيت العلاقة قائمة، فهو مطالب بتنفيذ ما تحمل من التزامات بموجب العقد، ويستطيع الدائن عن طريق الفسخ أن يتخلص من هذه الالتزامات ما لم ينفذ المتعاقد الآخر ما التزم به[2].

ثانيا :إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

أشارت لهذا الشرط المادة 119 قانون مدني بعبارة**:" إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه**"، فلا يكون من حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه، ويقصد بعدم التنفيذ: (عدم تنفيذ الالتزام كليا، أو عدم التنفيذ الجزئي، أو مجرد التأخير في التنفيذ، أو التنفيذ بطريقة سيئة)، وجدير بالتأكيد هنا أنه لا مجال لفسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد الذي أخل بالتزامه هو المسؤول عن ذلك[3]. فإذا كان عدم التنفيذ يرجع لسبب أجنبي لايد للمدين فيه، فينتفي الالتزام لاستحالة تنفيذه وينفسخ العقد من تلقاء نفسه[4].

ثالثا: أن يكون طالب الفسخ قد وفى بالتزامه

لم ينص المشرع على هذا الشرط صراحة في نص المادة 119 قانون مدني، وهو شرط منطقي إذ لايعقل أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من التزامات.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، فقرة 463.

[2]- عبد الكريم بلعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 167.

[3]- علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص 459.

[4]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 891.

رابعا: وجوب إعذار المدين

أشارت لهذا الشرط المادة 119 قانون مدني بعبارة:" **جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه**"، والهدف من وراء هذا الشرط هو إنذار المدين وتنبيهه بضرورة تنفيذ التزامه، ويكون طبقا لما جاء في نص المادة 180 قانون مدني، بإنذار أو مايقوم مقام الإنذار، إما بورقة غير قضائية عن طريق محضر قضائي، أو عن طريق البريد المضمون مع الإشعار بالاستلام، لوضع المدين موضع المقصر في التنفيذ.

غير أنه أحيانا لايكون الإعذار ضروريا ويعفى الدائن من هذا الإجراء في الحالات المنصوص عليها في المادة 181 قانون مدني ومنها: -إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين، -أو إذا صرح المدين كتابة بأنه لاينوي تنفيذ التزامه، ففي هاتين الحالتين لافائدة من الإعذار.

المطلب الثالث: تقرير الفسخ

يتقرر الفسخ إما قضاءا او اتفاقا.

أولا: الفسخ القضائي

فإذا توافرت الشروط المذكورة أعلاه، جاز للمتعاقد ان يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بالفسخ بعد إعذاره للمدين، وهنا طبقا لنص المادة 119 قانون مدني في فقرتها الثانية، يتمتع القاضي بسلطة تقديرية تمنحه ثلاث خيارات:

-إما أن يمنح للمدين أجلا للوفاء مراعاة لحالته المالية أو الظروف مراعيا مصلحة الطرفين[1].

- وإما أن يرفض طلب الفسخ إذا كان مالم يتم الوفاء به قليل في الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات، فيحكم القاضي بالزامه بتنفيذ الجزء المتبقي فقط.

-وإما أن يحكم القاضي بالفسخ، ويكون حكمه هنا حكما منشئا للفسخ وليس كاشفا له.

ثانيا: الفسخ الاتفاقي

تنص المادة 120 قانون مدني على أنه:" **يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها، وبدون حاجة**

[1]-ذهبت المحكمة العليا في أحد قراراتها إلى أنه: "إن قضاة المجلس عندما منحو للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزاماتها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الاستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونو قد طبقوا القانون تطبيقا سليما". قرار مؤرخ في 2000/01/12 ملف رقم 212782 ، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2001، ص 114-116.

إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لايعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

أخذا من مبدأ سلطان الإرادة وحرية الاشتراط في العقود، يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا إذا لم يقدم أحدهما بتنفيذ التزامه.

ووفقا لنص المادة 120 قانون مدني فإن هذا الشرط أو هذا الاتفاق لايعفي المتعاقد من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من المتعاقدين. وهنا لايملك القاضي سلطة تقديرية كما في الفسخ القضائي، بل يتحقق فقط من اخلال المتعاقد بالتزامه، لأن الأمر يتعلق بشرط فاسخ.

المطلب الرابع: آثار الفسخ

لاتقتصر آثار الفسخ على المتعاقدين فحسب، بل يسري أثر الفسخ أيضا في حق الغير

الفرع الأول: أثر الفسخ بالنسة للمتعاقدين

تنص المادة 122 قانون مدني على أنه:" **إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض**".

يتضح من النص أنه يترتب على فسخ العقد انهاؤه، ومن ثم وجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد أي يسري أثر الفسخ بأثر رجعي، و يكون إرجاع الحالة عن طريق الاسترداد بأن يسترد كل متعاقد ما أداه، والأصل أن يكون الاسترداد عينا، فإن استحال ذلك حكم القاضي بتعويض معادل هذا إذا كان العقد من العقود الفورية.

-أما إذا كان العقد من العقود الزمنية المستمرة كعقد الإيجار أو عقد التأمين أو عقد العمل، فإن الفسخ يكون بأثر فوري ولاينسحب إلى تاريخ إبرام العقد، أي أن الفسخ ينهي العقلاقة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط[1].

الفرع الثاني: أثر الفسخ بالنسة للغير

لايسري أثر الفسخ في حق المتعاقدين فقط، بل يمتد أيضا إلى الغير، فتسقط كل الحقوق التي يكون قد تلقاها الغير من احد طرفي العقد الذي تم فسخه، هذا كقاعدة عامة.

لكن هناك بعض الحالات الاستثنائية التي قررها المشرع حماية للحقوق التي اكتسبها الغير حسن النية، وحفاظا على استقرار المعاملات وحماية الوضع الظاهر، ومن ذلك :

---

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 905.

-مانصت عليه المادة 835 قانون مدني:" من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته".

-ومانصت عليه المادة 885 قانون مدني:" يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه...إذا ثبت أنه كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن".

المبحث الثاني:

الانفساخ

تنص المادة 121 قانون مدني على أنه:" **في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون**".

ونص المشرع أيضا على استحالة التنفيذ كسبب من أسباب انقضاء الالتزام في نص المادة 307 قانون مدني التي جاء فيها:" **ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته**".

يتضح مما سبق أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لايد للمدين فيه، فإن الالتزام ينقضي باستحالة تنفيذه، ويترتب على انقضائه انفساخ العقد بقوة القانون.

وللوقوف على المقصود بانفساخ العقد، ينبغي بداية تمييزه عن نظام الفسخ، ثم بيان شروطه، ثم الآثار التتي تترتب عنه.

المطلب الأول: الفرق بين الفسخ والانفساخ

إذا كان كل من الفسخ والانفساخ يتعلق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه إلا أنهما يختلفان فيما يلي:

1-الفسخ يكون في حالة عدم تنفيذ الالتزام بسبب المدين، أم الانفساخ فسبب عدم التنفيذ فيه لايرجع أغلى المدين وإنما لسبب أجنبي كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ الغير.

2-لاضرورة لإعذار المدين في حالة الانفساخ، بينما يجب ذلك قبل المطالبة بالفسخ.

3-إذا تقرر فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، بينما في الإنفساخ ينقضي الالتزام ونطبق أحكام تحمل تبعة استحالة التنفيذ[1].

المطلب الثاني: شروط الانفساخ

تتعدد شروط انفساخ العقد بقوة القانون، بين مايتعلق بطبيعة الاستحالة التي يجب أن تكون

[1]-بلعيور عبد الكريم، المرجع السابق، ص 257، وكذا: بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 910.

مطلقة وسببها، ومايتعلق بوقت نشوئها.

أولا: أن تكون استحالة التنفيذ استحالة مطلقة وبسبب أجنبي

يجب أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة، وتكون كذلك إذا كانت تشمل كافة الناس ولاتخص المتعاقد المدين فقط، فإذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه ولم يستطع إثبات السبب الأجنبي الذي يجعل الاستحالة عامة شاملة لكافة الناس حكم عليه بالتعويض طبقا لنص المادة 176 قانون مدني. ويدخل في مفهوم السبب الأجنبي: الحادث المفاجئ والقوة القاهرة وخطأ الغير وخطأ المدين، ومثالها نشوب الحرب أو زلزال أو جائحة كما حدث مع جائحة كورونا.

وتجب الإشار أيضا إلى أنه يشترط في الاستحالة أيضا أن تكون شاملة لكل الالتزامات التي رتبها العقد[1]، فإذا كانت استحالة جزئية لبعض مارتبه العقد فقط فلا ينفسخ العقد، ومثال ذلك مانصت عليه المادة 481 فقرة 02 قانون مدني من أنه إذا هلكت العين هلاكا جزئيا يحق للمستأجر إما المطالبة بإنقاص بدل الإيجار بقدر مانقص من المنفعة أو المطالبة بفسخ العقد، ولاينفسخ العقد هنا بقوة القانون.

ثانيا: أن تنشأ الاستحالة بعد إبرام العقد

ومقتضى هذا الشرط أنه يجب أن تكون الاستحالة قد طرأت بعد إبرام العقد، فإذا كانت الاستحالة قبل إبرام العقد فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا لنص المادة 93 قانون مدني:" **إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا**".

المطلب الثالث: تحمل تبعة الانفساخ

طبقا لما جاء في نص المادة 121 قانون مدني، فإنه يترتب على انقضاء التزام لاستحالة تنفيذه انقضاء الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بقوة القانون، ويفيد هذا الحكم أن المدين- وهو المتعاقد الذي أصبح تنفيذ التزامه مستحيلا لسبب أجنبي- يتحلل من الالتزام الذي تحمله بموجب العقد محل الانفساخ، فتبرأ ذمته نحو المتعاقد الآخر وهو الدائن، ومن ثم لايمكن أن يطالب بالتنفيذ عن طريق التعويض كما لايمكن مساءلته قانونيا[2].

ومن هنا يثار التساؤل حول من يتحمل تبعة هذا الانفساخ ؟ إذا كان المدين كما سبق يتحلل من تنفيذ التزامه، فإن الدائن أيضا يتحلل بدوره من الالتزامات التي تقابل التزام المدين، فإذا كان قد وفى

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 469.

[2]- المرجع نفسه، ص 471.

سابقا بالتزامه كان من حقه ان يطالب باسترداد مأأداه عينا أو عن طريق التعويض، ومثال ذلك مانصت عليه المادة 369 قانون مدني:" **إذا هلك المدين قبل تسليمه بسبب لايد للبائع فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن**".

ملاحظة: في حال عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه بسبب القوة القاهرة، فيشترط لانفساخ العقد أن تكون الاستحالة الناشئة عنها نهائية، أما إذا كانت هذه الاستحالة مؤقتة فلا ينفسخ العقد بقوة القانون، بل يتم وقف تنفيذه إلى أن تزول هذه الاستحالة[1].

المبحث الثالث:

الدفع بعدم التنفيذ

تنص المادة 123 قانون مدني على أنه:" **في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ماالتزم به**".

يتضح من النص أنه في حال لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، يكون من حق كل متعاقد في العقد الملزم للجانبين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، فيما يسمى الدفع بعدم التنفيذ، والذي يجد أساسه في نظرية السبب التي تقييم ارتباطا وثيقا بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين، وهذا انطلاقا من اعتبارات حسن النية والعدالة وإرادة المتعاقدين في العقد التبادلي[2].

وبعد بيان شروط الدفع بعدم التنفيذ، بين الآثار المترتبة عنه.

المطلب الأول: شروط الدفع بعدم التنفيذ

يشترط للدفع بعدم التنفيذ توفر ثلاث شروط وهي:

أولا: أن يكون العقد ملزما للجانبين:

أشارت لهذا الشرط المادة 123 قانون مدني بقولها:" **في العقود الملزمة لجانبين**"، ذلك أنه إذا لم تكن الالتزامات متقابلة بين المتعاقدين فلا يمكن التمسك بهذا الدفع، كما لايمكن التمسك به أيضا في عقد تم بطلانه أو فسخه، ففي غير الالتزامات المتقابلة يبقى من للمتعاقدين التمسك بحق الحبس طبقا لنص المادة 200 قانون مدني.

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 924.

[2]- المرجع نفسه، ص 873.

ثانيا: أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء

فلا يجوز الدفع بعدم تنفيذ التزام حال الوفاء ومستحق الأداء، في مقابل عدم تنفيذ التزام مؤجل، أو أصبح الالتزام مجرد التزام طبيعي لسقوطه بالتقادم، أو كان الالتزام المقابل مضاف إلى أجل واقف.

ثالثا: وجوب مراعاة حسن النية في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ

فيجب على المتعاقد الذي يتمسك بهذا الدفع أن يكون حسن النية ولايسيئ استعماله، فلا يجوز له التمسك بالدفع إذا كان هو المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام المقابل، أو إذا كان مالم يتم تنفيذه من الالتزام المقابل جزء يسير من جملة الالتزام[1].

المطلب الثاني: أثر الدفع بعدم التنفيذ

يقتصر أثر هذا الدفع على هذا الموقف السلبي الذي يتخذه المتعاقد إلى حين قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل، وإذا أخل المتعاقدين بالتزامه وتمسك المتعاقد الآخر في مقابل ذلك بالدفع بعدم التنفيذ، وبقي كل متعاقد متمسكا بموقفه فإن العقد يبقى قائما ولا يتأثر بهذا الوضع، باستثناء العقود الزمنية التي قد تتأثر من حيث مقدار الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد[2].

هذا وقد ينقضي الدفع بعد التنفيذ لأسباب متعددة كما هو الحال في حالة هلاك الشيء محل التزام الدائن، كما لو هلك الشيء المحبوس تحت يد البائع بسبب أجنبي، فهنا يتحمل المشتري تبعة الهلاك[3].

---

[1]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 288.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 475-476.

[3]- أنور سلطان، المرجع نفسه، ص 290.

التصرف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام (123 مكرر -123 مكرر 01)

هي عبارة عن تصرف قانوني صادر من جانب واحد، ومتجه إلى إحداث أثر ملزم ومعتد به قانونا، دون أن يتوقف على إرادة مقابلة أخرى تدخل معها كعنصر جوهري في تكوين هذا التصرف[1].

وهي قادرة على إحداث آثار قانونية متعددة، كإنشاء الأشخاص الاعتبارية، أو الوقف، أو المؤسسات الخاصة، كما أنها قادرة على أن تنشئ حقا عينيا كما في النزول عن حق ارتفاق أو رهن، وهي قادرة على تصحيح عقد قابل للإبطال، كما في الإجازة، وأن تجعل العقد يسري في حق الغير، كما في الإقرار، وهي تؤدي إلى إلغاء عقد معين، كما في الوكالة و العارية و الوديعة وغيرها[2].

وقد ظل العقد إلى عهد قريب في نظر الشراح هو المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، انطلاقا من تصورهم بأن الالتزام لاينشأ إلا من إرادتين متطابقتين، غير أنه في سنة 1874 م ذهب الفقيه سيجل وهو أحد شراح القانون النمساوي إلى ضرورة الأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام بجانب العقد، وقد لاقت دعوته هذه قبولا لدى واضعي القانون الألماني سنة 1900 فقرروا للإرادة المنفردة مكانا بجانب العقد، وإن لم يأخذوا به كمصدر عام للألتزام، ثم ذاعت بعده هذه النظرية وتلقفتها العديد من التشريعات كالتقنين السويسري، والبولوني، والايطالي والمصري، وقد سارت كلها على نسق التقنين الألماني في جعل الإرادة المنفردة مصدر استثنائي وليس مصدر عام[3].

غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا عاما في الفقه الفرنسي ليومنا هذا، ويبدي الفقه بشأنها تحفظا ينطلق من أحكام القانون الروماني التي لا تعترف إلا بالعقد مصدرا إراديا للالتزام، و يعتمد في موقفه على بعض الأسباب التي يمكن ردها إلى ثلاث نقاط رئيسية هي: أن الالتزام بالإرادة المنفردة يتنافر مع المبادئ العامة للقانون، و يصطدم بصعوبات قانونية بالغة و يشكل ازدواجا مع مصادر الالتزام الأخرى،

---

[1]- محمود المظفر، المرجع السابق، ص 336.

[2]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 937.

[3]- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 291-292.

وتجب الإشارة هنا إلى أن الفقه الإسلامي قد سبق الفقه الغربي في الأخذ بالارداة المنفردة كمصدر للالتزام، حيث جعلها صالحة لأن تكون أساسا لتصرف شرعي أو قانوني على خلاف بين الفقهاء في مدى الصلاحية، ومن تطبيقات التصرف الانفرادي في الفقه الإسلامي نذكر منها إنشاء الوقف و الوصية و الإيجاب الملزم و الكفالة و الإبراء و الطلاق و غيرها، وهذا قبل انعقاد المؤتمر العالمي في منتصف القرن التاسع عشر و بالذات سنة 1854 في مدينة " قيسن" الذي اعتبر أن الالتزام بالإرادة المنفردة هو الأساس الوحيد لالتزام الواعد بجائزة، وكذلك قبل أن يتوصل إليها العالم النمساوي "سيجيل" في سنة 1874 و قبل أن يقررها الفقيه الفرنسي "سالي ". ينظر: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص 946-947.

ذلك أن الالتزامات الإرادية مصدرها العقد وحده[1].

المبحث الأول:

مكانة التصرف بالإرادة المنفردة في التشريع الجزائري (هل هي مصدر عام أم مصدر خاص)؟

إن المشرع الجزائري عند وضعه لنظرية الالتزام في القانون المدني، قد تأثر بالمدرسة الفرنسية كأصل عام، لكنه لم يهمل بعض الحلول التي أخذها من المدرسة الجرمانية ذات التوجه الموضوعي، ومن ذلك اعتباره للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام حين وضعه للقانون المدني سنة 1975، غير أنه لم يجعلها كمصدر عام بل نص على صورة تطبيقية لها وهي الوعد بجائزة الموجه للجمهور ضمن نص وحيد وهو المادة 115 قانون مدني والتي جاءت ضمن المواد المتعلقة بنظرية العقد، أي أنه يجعلها مصدر خاص.

غير أنه وبموجب القانون رقم 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني استحدث المشرع الجزائري فصلا جديدا بعنوان: **الفصل الثاني مكرر - الالتزام بالإرادة المنفردة-** ، أدرج تحته مادتين: **المادة 123 مكرر** التي نصت على المبدأ العام الذي يقضي بجواز إنشاء الالتزام بالإرادة المنفردة حيث جاء فيها: " **يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف ما لم يلزم الغير، وتسري على التصرف بالإرادة المنفردة مايسري على العقد من الأحكام باستثناء أحكام القبول**". **والمادة 123 مكرر 01** التي نصت على صورة تطبيقية وهي الوعد بجائزة الموجه للجمهور. وهي نفسها المادة 115 السابقة قبل إلغائها بموجب هذا التعديل.

يتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد قصد من وراء هذا التعديل جعل الإرادة المنفردة **مصدرا عاما** للالتزام مثلها مثل العقد، حيث خصها بفصل مستقل، مع إحالة في تنظيم أحكامها على الأحكام المنظمة للعقد باعتباره أيضا تصرف إرادي ما عدا مايتعلق بتطابق الإرادتين.

وبخصوص التطبيقات التشريعية للتصرف بالإرادة المنفردة نذكر مثلا:

-الإيجاب الملزم طبقا لنص المادة 62 قانون مدني.

- الوعد الملزم لجانب واحد قبل إظهار الموعود له رغبته طبقا لنص المادة 71 قانون مدني
- الاشتراط لمصلحة الغير طبقا لنص المادة 116 قانون مدني
- إجازة العقد القابل للإبطال طبقا لنص المادة 100 قانون مدني.

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، فقرة 906، وكذا : بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 940.

- الإقرار الوارد في المواد 114 و 152 و 398 فقرة 01 قانون مدني.

-الإبراء المنصوص عليه في المادة 305 قانون مدني

-تطهير العقار المرهون طبقا لنص المادة 915 و 916 قانون مدني.

- الوعد بجائزة الموجه للجمهور والذي نص عليه المشرع ضمن الفصل الثاني مكرر في المادة 123 مكرر 01 كصورة تطبيقية، وهو الذي سنتولى بيان أحكامه فيما يأتي.

المبحث الثاني:

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

المطلب الأول: تعريف الوعد بجائزة

تنص المادة **123 مكرر 01** قانون مدني على أنه:" **من وعد الجمهور بجائزة يعطيها عن عمل معين يلزم بإعطائها لمن قام بالعمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها. و إذا لم يعين الواعد أجلا لإنجاز العمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان الجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. و تسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور".**

يتضح من النص أن الوعد بجائزة هو تصرف بإرادة منفردة، يوجه إلى الجمهور، فيلتزم صاحبه بمقتضاه أن يقدم أداءا معينا لأي شخص يقوم بعمل معين، وسنتولى فيما يلي بيان أهم شروطه، ثم أحكامه والآثار التي يرتبها.

المطلب الثاني: شروط الوعد بجائزة

من خلال نص المادة 123 مكرر 01 قانون مدني، فإنه يشترط لصحة الوعد بجائزة ثلاث شروط نوجزها كما يلي:

1- أن توجد إرادة جدية و باتة تتجه إلى تحمل الالتزام: فيجب أن تتوافر الأهلية اللازمة لدى الواعد، و أن تكون إرادة خالية من العيوب التي تفسدها، كغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، و يجب أن ترد هذه الإرادة على محل مستوف شروطه من حيث المكان و التعيين و المشروعية، وأن يتوافر لها سبب مشروع. ومن أمثلة العمل العثور على شيء ضائع، أو النجاح في امتحان أو الفوز في مسابقة معينة، أو اكتشاف اختراع،

2-أن يوجه الوعد إلى الجمهور: فإذا وجه إلى شخص معين فلا يكون وعدا بالمفهوم القانوني

وإنما يصبح إيجابا لا بد أن يقترن به قبول، و يقصد بالجمهور ذلك العدد غير المحدد من الناس، و اللذين لا يعرفهم الواعد بذواتهم و إن عرفهم بصفاتهم، والتوجه بالخطاب إلى هذا الجمهور يقتضي أن يتم بوسيلة من شأنها أن تعلم الناس بالوعد و بمضمونه، كأن يلجأ الواعد إلى إحدى دور النشر كالصحف و الراديو و التلفزيون و الملصقات و غيرها.

3- أن يتضمن الوعد إعطاء جائزة معينة: سواء كانت الجائزة مادية كمبلغ من النقود أو شيئا آخر له قيمة مادية كأسهم أو سيارة أو نفقات رحلة أو أن تكون ذات قيمة معنوية أو أدبية ككأس أو وسام أو غير ذلك من علامات التقدير،

وانطلاقا من نص المادة 123 مكرر 01 قانون مدني فإن الواعد يلتزم بإعطاء الجائزة لمن يقوم بالعمل المعين، ذلك أن سبب الوعد هو القيام بعمل معين وليس فقط لمن يتواجد في مركز معين، كشخص مريض بمرض معين، أو لقيط، أو معوق بلغ من العجز قدرا معينا، أو عجوز بلغ من العمر سنا معينا، أو ابن شهيد من شهداء حرب التحرير مثلا، فالوعد في مثل هذه الأحوال لا ينشىء التزاما بالإرادة المنفردة على عاتق الواعد بل لا بد أن يقترن بها قبول من الطرف الآخر لتمام العقد، فينشأ الالتزام عن العقد وليس عن الإرادة المنفردة[1].

المطلب الثالث : آثار الوعد بجائزة

نفرق بصدد آثار الوعد، بين ماإذا كان الوعد مقيد بمدة زمنية معينة، وماإذا كان غير مقيد بمدة زمنية.

الفرع الأول: آثار الوعد بجائزة المقيد بمدة زمنية معينة

- لا يجوز للواعد هنا الرجوع في وعده قبل فوات هذه المدة،
- إذا أتم شخص العمل المطلوب قبل انقضاء هذه المدة، كان الواعد ملزما قبل مستحق الجائزة. وهنا تجب الإشارة إلى أن التزام الواعد لايقوم على أساس الاتفاق بين الواعد والمستفيد، وإنما يقوم على أساس الالتزام بالارادة المنفردة في مواجهة دائن غير معين وقت صدور الوعد، وهذا الالتزام قبل تعيين الدائن يعتبر التزاما ناقصا، أي لاتنشا عنه رابطة ملزمة إلا إذا وجد الدائن وهو الشخص الذي يقوم بالعمل المطلوب في المدة المحددة[2].

[1]-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 954-955.

[2]-في هذا المعنى: محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992، ص 163.

- إذا انقضت المدة دون أن يقوم أحد بالعمل المطلوب انقضى التزام الواعد، و إذا قام شخص بعد ذلك بهذا العمل فلا يلتزم الواعد إلا على أساس الإثراء بلا سبب.

- إذا تحقق القيام بالعمل المطلوب، قبل فوات المدة إستحق من قام به الجائزة الموعود بها، سواء قصد الحصول على الجائزة أو لم يكن لديه هذا القصد، وسواء كان يعلم بالجائزة وقت قيامه بالعمل أو لم يكن يعلم بها، كما يستوي أن يتم العمل بعد الإعلان عن الجائزة أو قبل الإعلان عنها لأن مصدر التزام الواعد إرادته المنفردة.

-إذا قام بالعمل أكثر من شخص على إنفراد، فإن الجائزة تكون للأسبق أما إذا قاموا بالعمل في وقت واحد كانت الجائزة سوية بينهم، و إذا تعاون عدة أشخاص في القيام بالعمل تقسم الجائزة عليهم حسب جهد كل منهم في إتمام العمل المذكور.

الفرع الثاني: آثار الوعد بجائزة غير المقيد بمدة زمنية معينة

- يجوز للواعد أن يرجع في وعده ما دام لم يحدد مدة معينة، على أن يكون رجوعه بذات العلانية التي توفرت في الوعد. وهنا لا يخلو الأمر من واحد من الفروض الثلاثة الآتية:

- إذا لم يكن قد بدأ أحد في تنفيذ العمل المطلوب تحلل الواعد نهائيا من التزامه الانفرادي.

- إذا أتم شخص العمل المطلوب قبل إعلان الواعد الرجوع في وعده، كان له مطالبة الواعد بالجائزة على أساس التزامه بالإرادة المنفردة.

- إذا بدأ شخص في تنفيذ العمل المطلوب، وصدر عدول الواعد قبل إتمامه، كان له الرجوع على الواعد على أساس أحكام المسؤولية التقصيرية، وفي هذه الحالة يحكم له بتعويض عن الضرر الذي أصابه دون أن يجاوز هذا التعويض مقدار الجائزة.

-يتعين على من قام بالعمل أن يطالب الواعد بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان للرجوع للجمهور طبقا لنص المادة 123 قانون مدني، ومدة ستة أشهر هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، ولذلك فلا يرد عليها الوقف أو الانقطاع[1].

<u>**- ملاحظة:**</u> في غير حالة العدول عن الوعد فإن حق من قام بالعمل لا يتقادم إلا بخمس عشرة سنة فهو حق ناشئ عن التزام إرادي، ولم تحدد مدة خاصة للتقادم فتسري عليه القاعدة العامة في التقادم الواردة في المادة 308 في القانون المدني.

---

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 959.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المؤلفات

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1998.

- حليمة آيت حمودي، نظرية الباعث في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار الحداثة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 1986.

- حمدي عبد الرحمن، سهير منتصر، نظرية الإلتزام، الطبعة الأولى، (بدون دار نشر)، 2000.

- شوقي بناسي، مقدمة في الالتزامات، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2018.

- عبد الحميد متولي، الحريات العامة، نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1975.

- عبد الحي حجازي، نظرية الالتزامات، النظرية العامة لالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الجزء الاول، المجلد الأول، 1882.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول،

- عبد الكريم بلعيور، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2013 .

- لحلو خيار غنيمة، نظرية العقد، بيت الأفكار للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، الجزائر، طبعة 2018.

- محمد تقية، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1992.

- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، موفم للنشر، الجزائر، 1985.

- محمود المظفر، نظرية العقد، دراسة قانونية مقارنة باحكام الشريعة الاسلامية، دار حافظ للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، 2007.

- وحيد الدين سوار، الإتجاهات العامة في القانون المدني، دراسة موازنة بالفقه الإسلامي والمدونات المدنية العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة 02، 1995،

-بلحاج العربي، مصار الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزءالأول-المصادر الارادية- دار هومة للطباعة والتشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016.

-عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ، الجزء 03،

-محمد ابن معجوز، السبب في القانون المغربي والشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، الطبعة الأولى، 2005.

ثانيا: الرسائل الجامعية

- بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1996.

- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، قسم الشريعة الإسلامية، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001.

- محمود زواوي، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

ثالثا: المقالات:

- شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية، جامعة شلف، عدد 04، 2010.

- علي فيلالي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانون والاقتصادية والسياسية، العدد 03، سنة 1997.

رابعا: النصوص التشريعية والتنظيمية

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26، جريدة رسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 /2005/06، جريدة رسمية عدد 44، والقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر عدد 31.

- القانون رقم 05/85 المؤرخ 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها, ج ر عدد 08، المعدل والمتمم. بموجب القانون رقم 13/08المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/14 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.

- القانون رقم 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر، عدد 06، سنة 2015.

- القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر، عدد 28، سنة 2018.

خامسا: القرارات القضائية:

-قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 31315، الصادر بتاريخ 1983/04/13، المجلة القضائية، عدد 01، 1990،

- قرار المجلس الأعلى، الغرفة المدنية، ملف رقم 33528 الصادر بتاريخ 1985/04/03، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 1989.

- قرار المحكمة العليا، قضية رقم 43098، بتاريخ 1987/04/12، المجلة القضائية، عدد 04، 1990،

- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف 149300، بتاريخ 1997/07/23، المجلة القضائية، عدد 02، 1997،

- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم144112 ، بتاريخ 1997/06/18، المجلة القضائية، عدد 01، 1997،

- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999.

-قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 208925 ، الصادر بتاريخ 2000/01/18، المجلة القضائية، عدد 01، 2000،

- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 2000/01/12 ملف رقم 212782 ، المجلة القضائية، عدد 01، سنة 2001،

- قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 693316 ، بتاريخ 2012/01/12، مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2012،

فهرس المحتويات